



TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO 2018-2019

RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTROL DE CONCENTRACIONES ECONÓMICAS: ESPAÑA Y UE

SPAIN & EU MERGER CONTROL SYSTEM

AUTOR: Jorge Vellido Sáenz de Buruaga.

DIRECTOR: Dr. Julio Álvarez Rubio.

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| Glosario | 4 |
| Introducción..... | 5 |
| Derecho de la Competencia..... | 6 |
| Concepto..... | 6 |
| Derecho de la Competencia: UE y España..... | 9 |
| Derecho de la Competencia y Control de concentraciones | 10 |
| Concentraciones económicas..... | 14 |
| Concepto..... | 14 |
| Tipos | 18 |
| Fusión de empresas..... | 18 |
| Adquisición de empresas | 19 |
| <i>Joint Venture</i> | 20 |
| Régimen jurídico | 21 |
| España: Ley de Defensa de la Competencia 15/2007 Y RD 261/2008..... | 21 |
| Concentraciones económicas de dimensión « <i>española</i> »..... | 24 |
| Unión Europea: TFUE, Reglamento 139/2004 y Reglamento de la Comisión de 7 de abril de 2004 | 27 |
| Concentraciones económicas de dimensión « <i>comunitaria</i> »..... | 29 |

| | |
|---|----|
| Diferencias entre la LDC y el Reglamento 139/2004: Intervención política en el control..... | 30 |
| Órgano de control | 32 |
| Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC)..... | 32 |
| Estructura y composición | 32 |
| Funciones..... | 34 |
| Procedimiento de control de concentraciones | 35 |
| Comisión Europea | 39 |
| Estructura y composición | 39 |
| Funciones..... | 40 |
| Procedimiento de control de concentraciones | 41 |
| Relación entre la Comisión Europea y la CNMC: La remisión | 43 |
| Control judicial de las decisiones de los órganos de control..... | 47 |
| CNMC y Audiencia Nacional..... | 47 |
| Comisión Europea y Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)..... | 47 |
| Procedimientos notables | 48 |
| Concentración española: «ANTENA 3 & LA SEXTA» | 48 |
| Concentración comunitaria: «SIEMENS & ALSTOM» | 57 |
| Conclusiones..... | 63 |
| Bibliografía..... | 65 |

GLOSARIO

| | |
|------|--|
| LDC | Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia |
| TS | Tribunal Supremo |
| AN | Audiencia Nacional |
| TJUE | Tribunal de Justicia de la Unión Europea |
| TC | Tribunal Constitucional |
| CE78 | Constitución Española |
| TUE | Tratado de la Unión Europea |
| TFUE | Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea |
| CNMC | Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia |
| CNMV | Comisión Nacional del Mercado de Valores |
| CE | Comisión Europea |

INTRODUCCIÓN

El presente Trabajo de Fin de Grado trata de aclarar el régimen jurídico existente sobre el control de concentraciones económicas, tanto en el ordenamiento jurídico español como en el de la Unión Europea. Así, se va a desarrollar el concepto de concentración en el importante ámbito del Derecho de la Competencia.

De esta manera, dentro del Derecho de la Competencia, se entiende por concentración económica todas aquellas reducciones estructurales de la competencia provocadas por la concentración de varios empresarios en uno solo. Partiendo de esta premisa básica, el trabajo va a abordar en sus capítulos iniciales el papel que juega el control de concentraciones empresariales -incluyendo un análisis de los diferentes tipos en que se pueden manifestar éstas- dentro del conjunto de medidas que configuran el derecho *antitrust*, así como un análisis comparado de las concretas regulaciones del control de concentraciones en el ámbito nacional y europeo.

En relación directa con esto, se va a analizar el funcionamiento de los órganos de control -CNMC y CE-, destacando la importancia que tiene la interrelación de las dos autoridades de la competencia a través de la «remisión» y del control judicial que se va a aplicar a las resoluciones de estos órganos.

Acto seguido, el trabajo va a analizar el caso de dos concentraciones empresariales de actualidad en los respectivos ámbitos en los que se desarrolla el trabajo: el caso de la fusión entre la francesa «Alstom» y la alemana «Siemens» -en el marco de las concentraciones comunitarias- y el caso de la adquisición de «La Sexta» por parte de «Antena 3» -en el ámbito nacional-. Se analizarán estas desde el principio, el momento en que se notifica a la autoridad correspondiente que se van a unir, hasta el final, el momento en el que la autoridad permite o prohíbe tal concentración.

Finalmente, a modo de conclusión, se expondrá un resumen de las ideas obtenidas en el trabajo realizado.

DERECHO DE LA COMPETENCIA

CONCEPTO

La libre competencia en los mercados es una de las principales facetas que se derivan de la libertad de empresa. Así, en el preámbulo de la exposición de motivos de la LDC, se indica que la libre competencia deriva directamente del artículo 38 de la Constitución¹. En esta misma línea, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 88/1986, de 1 de julio², entiende que la actuación del Estado en relación con la libre competencia es imprescindible para el bienestar de la economía, es decir, que no supone una injerencia abusiva en la libertad de empresa, sino que, en realidad, supone la garantía necesaria para la efectiva existencia de una libre competencia entre operadores económicos. Es por ésto que resulta acertado indicar que el Derecho de la Competencia es el conjunto de normas que tienen por objetivo garantizar el libre desarrollo de la competencia.

Por tanto, una vez comprendida la necesaria intervención del Estado para garantizar la libre competencia -un principio constitucional básico-, las preguntas que resultan son obvias: ¿qué es la competencia? ¿por qué hay que garantizar su libre desarrollo? Para responder a la primera pregunta, en primer lugar, hay que entender la competencia como una situación de hecho que se produce en un mercado libre entre los distintos

¹ Preámbulo LDC: «El artículo 38 de la Constitución reconoce la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado y la garantía y protección de la misma por los poderes públicos, de acuerdo con las exigencias de la economía en general y, en su caso, de la planificación. La existencia de una competencia efectiva entre las empresas constituye uno de los elementos definitorios de la economía de mercado».

² FJ4: «El reconocimiento de la economía de mercado por la Constitución, como marco obligado de la libertad de Empresa, y el compromiso de proteger el ejercicio de ésta art. 38, inciso segundo por parte de los poderes públicos supone la necesidad de una actuación específicamente encaminada a defender tales objetivos constitucionales. Y una de las actuaciones que pueden resultar necesarias es la consistente en evitar aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre Empresas, apareciendo así la defensa de la competencia como una necesaria defensa, y no como una restricción, de la libertad de Empresa».

operadores económicos. Esa situación de hecho consiste en un escenario en el que los operadores existentes compiten por atraer clientes. En otras palabras, la competencia es la coyuntura económica en la que dos o más operadores económicos producen bienes o servicios similares y buscan atraer a la misma clientela.

Cuando existe libre competencia, son los consumidores y usuarios los que van a poder elegir el producto o servicio que mejor se ajuste a sus necesidades, el que mejor las satisfaga. De esta manera, si hay dos empresarios que ofrecen el mismo producto y por el mismo precio, pero el de uno de ellos es de mejor calidad que el del otro, el consumidor va a poder dejar de comprar al primero para ir a comprar el producto que tiene mejor calidad, el segundo. Consecuentemente, «sensu contrario», si esa libre competencia no existiera y el empresario que produce ese producto de peor calidad pudiera establecer el precio que él quisiera o, paralelamente, seguir produciendo con baja calidad sin que el consumidor del producto tuviera otra alternativa a la que acudir, el principal perjudicado por esta situación de falta de competencia sería el consumidor, que no tendría una alternativa que satisficiera sus necesidades de manera más eficiente.

Además, cuando existe esa libre competencia en la que el usuario puede elegir el servicio que desea, se impone la denominada «disciplina de mercado», que no es más que la situación que se produce cuando los distintos operadores económicos son conscientes de lo que quieren los consumidores y cómo lo quieren. Y más importante aún: por qué se van con la competencia. Cuando esa disciplina de mercado existe, los operadores tienden a bajar los precios, a innovar en los procesos productivos, a mejorar en la calidad de lo ofertado al mercado y, por tanto, a satisfacer de manera eficiente las necesidades de los clientes³. Sin embargo, cuando la disciplina de mercado no existe -no hay libre competencia donde ampararse- el empresario puede actuar a voluntad⁴.

³ BENEYTO PÉREZ, J.M.^a, y TRONCOSO FERRER, M., «Objeto, evolución y perspectivas del Derecho de la Competencia», en *Tratado de Derecho de la Competencia*, Tomo I, ed. Bosch, 2017, pág. 35.

⁴ SALA I MARTÍN, X.: «Cuando no hay alternativas, no hay disciplina y el empresario no tiene incentivos para cambiar su conducta explotadora». En *Economía Liberal para no economistas y no liberales*, Capítulo I, 2010, Pág. 31.

Esto va a contestar a la segunda pregunta planteada: es imprescindible que la libre competencia se garantice en aras del correcto funcionamiento de una economía de mercado para poder obtener todos los beneficios derivados de ésta.

En suma, se puede afirmar que la existencia de la competencia -y el conjunto de normas que garantizan la existencia de ésta- garantiza la libertad de los consumidores para elegir al operador económico que prefieran, es decir, la existencia de una efectiva libertad contractual entre oferente y demandante⁵.

En lo que respecta a los orígenes del Derecho de la Competencia, es imprescindible mencionar tres episodios fundamentales: la *Sherman Act* (1890) de EEUU, el Tratado de Roma de 1957 y, en España, la Ley 110/1963.

En efecto, la *Sherman Act* puede considerarse como la primera norma mundialmente relevante -si bien la primera norma de defensa de la competencia fue creada un año antes en Canadá- en lo relacionado con las normas sobre competencia. Ésta introdujo el concepto «antitrust» (prohibición de determinados conglomerados mercantiles en sectores estratégicos) prohibiendo los abusos de posición de dominio y, en definitiva, todos aquellos negocios jurídicos que produjeran eventualmente una restricción de la competencia⁶. Actualmente, el término norteamericano «antitrust» hace referencia al Derecho de la Competencia en prácticamente todo el mundo.

A continuación, el Tratado de Roma de 1957 fue el verdadero introductor del Derecho *antitrust* a nivel europeo, dado que previamente muy pocos países tenían normas reguladoras de la competencia. La posterior integración económica europea, a

⁵ ALFARO, J.: «La existencia de competencia es garantía del correcto funcionamiento del mecanismo contractual y, por tanto, de que la libertad contractual sea real, en la medida en que la existencia de competidores permite al consumidor rechazar una oferta que no le conviene y acudir a los competidores para satisfacer su necesidad o deseo». En <https://almacendederecho.org/la-libertad-competencia-derecho-la-competencia/> (web consultada en octubre de 2018).

⁶ BENEYTO PÉREZ, J.M.^a, y TRONCOSO FERRER, M., «Objeto, evolución y perspectivas del Derecho de la Competencia», en *Tratado de Derecho de la Competencia*, Tomo I, ed. Bosch, 2017, pág. 37.

través de la Comunidad Económica Europea, se produjo en gran medida gracias al crecimiento del tejido empresarial, creando empresas más grandes (que se fusionaban y adquirirían unas a otras a lo largo del continente) y siendo controladas por el Derecho de la Competencia -para evitar que esa carrera de crear gigantes empresariales deviniera en situaciones donde la competencia se viera restringida-.

Por su parte, el Derecho de la Competencia español encuentra su origen en la Ley 110/1963, de represión de prácticas restrictivas de la competencia. Esta primera norma se encuadraba dentro del Plan de Estabilización Económica de 1959 y de una clara voluntad de los gobiernos de aquella época de la dictadura: integrarse en Europa⁷. Se entendió, por tanto, que era una necesidad liberalizar la economía española e integrar estándares económicos europeos -como el derecho antitrust- para poder integrarse -no de manera inmediata, sino con el paso del tiempo- en Europa. La citada norma regulaba, concretamente, las prácticas colusorias y los abusos de posición de dominio (pues el control de concentraciones no llegaría a España hasta la Ley de 1989).

DERECHO DE LA COMPETENCIA: UE Y ESPAÑA

España, en tanto que Estado miembro de la UE desde 1986, tiene integradas en su ordenamiento jurídico, al igual que el resto de Estados miembros de la Unión, gran cantidad de normas propias, si no armonizadas a través de Directivas comunitarias, similares por el entorno jurídico-económico; y otras directamente aplicables procedentes de la UE, como es el caso de los Reglamentos. En efecto, al margen de las normas que los estados miembros dictan en ámbitos determinados, en aquellos sectores en los que la UE dispone de competencia para dictar normas directamente aplicables, va

⁷ CASTAÑEDA BONICHE, A: «Lo que pudo ser decisivo para impulsar una ley de competencia en España fue la conveniencia de ir adaptando las apariencias legales del sistema económico a los principios fundamentales del Mercado Común, pues, desde entonces, todos los Gobiernos españoles han sentido el deseo legítimo de alinearse e integrarse al máximo nivel con los países desarrollados de Europa, lo que posteriormente se llamó homologación exterior», en «Algunos recuerdos y reflexiones en el cincuentenario de la primera ley de competencia en España», *Revista de Economía ICE*, Enero-Febrero 2014, nº 876, págs. 105-123.

a promulgar los ya indicados Reglamentos, que son normas con aplicación directa en el conjunto de los Estados de la Unión.

Por lo tanto, el régimen jurídico del Derecho de la Competencia se asemeja al resto del ordenamiento jurídico de la UE, en el cual conviven las normas comunitarias y las nacionales en cada uno de los Estados. Normalmente, la interrelación entre las comunitarias y las nacionales viene dada por una primacía del derecho europeo, ésto es, una vez que la normativa europea se ha promulgado y ha producido efectos en un Estado miembro concreto, ésta queda integrada en el ordenamiento jurídico de ese Estado miembro y, como consecuencia de ello, será de aplicación preferente a la normativa nacional del Estado miembro en cuestión que regule la misma materia para poder garantizar una uniformidad en su aplicabilidad ⁸.

Sin embargo, en el ámbito del Derecho de la Competencia no existe una primacía de un derecho sobre el otro, sino que éstos se complementan, conviven y cohabitan. En efecto, en el conjunto de ordenamientos jurídicos de la unión existe una «doble escala normativa»⁹, la cual implica que en los 27 estados miembros -tras el Brexit- va a ser aplicable una u otra norma en función de la subsunción del comportamiento prohibido -o susceptible de ser controlado, si se trata de concentraciones económicas- en el presupuesto de hecho de cada una de las normas.

DERECHO DE LA COMPETENCIA Y CONTROL DE CONCENTRACIONES

Unos de los medios de los que dispone el Derecho de la Competencia, tanto a nivel comunitario como nacional, es el de controlar la competencia estructural del mercado y, por ende, las eventuales restricciones que se puedan producir por la disminución de competidores. De esta manera, y de forma meramente introductoria, se pueden entender las concentraciones económicas como la concentración de varios empresarios en uno

⁸ STJCE 15 de Julio de 1964, Caso 6/64 Costa-Enel.

⁹ ALONSO SOTO, R., «Las relaciones entre los derechos comunitario europeo y español de la competencia», en *Tratado de Derecho de la Competencia*, Tomo I, ed. Bosch, 2017, pág. 64.

solo, provocando, como consecuencia, que la competencia se vaya a reducir de manera estructural -al haber menos operadores en el mercado tras la unión-¹⁰.

Por lo tanto, en la medida en que el control de concentraciones económicas es uno de los medios de los que se sirve el Derecho de la Competencia para lograr sus objetivos, es imperativo tener en cuenta el principal y último de ellos: limitar el poder de mercado.

El poder de mercado puede definirse como la capacidad de una empresa para elevar el precio por encima de niveles competitivos, sin que disminuyan sus ventas tan rápido que el aumento del precio no resulte rentable y deba ser revertido¹¹. En otras palabras, el poder de mercado es la capacidad de un operador económico para actuar en el mercado en ejercicio de su poder, estableciendo precios a su arbitrio, sin que sus ingresos se vean perjudicados.

Como se ha indicado antes, el Derecho de la Competencia busca lograr que la competencia se desarrolle en libertad para que el conjunto de la sociedad pueda beneficiarse de sus bondades, y para conseguirlo es imprescindible evitar que los operadores económicos la puedan limitar ejerciendo ese poder del que disponen de manera arbitraria. Para evitar ese ejercicio de poder, las diversas normas, europeas y nacionales, establecen una serie de conductas prohibidas que van a ser objeto de sanción. Entre éstas se encuentran las prácticas colusorias, el abuso de posición dominante o las ayudas públicas. En este sentido, el control de concentraciones económicas no es más que un medio del que dispone el derecho *antitrust* para evitar que la competencia se vea restringida.

¹⁰ ÁLVAREZ, J., *La protección del consumidor en el Derecho de la Competencia*, Granada, 2017. Pág. 36.

¹¹ POSNER, R., y LANDES, W., «El poder de mercado en los casos de libre competencia», *Revista Iuris et Veritas*, 2003 nº 26.

Por lo tanto, en otras palabras: tanto las prácticas prohibidas como el control de concentraciones son una herramienta dispuesta por el legislador para limitar el poder de mercado¹² de los operadores económicos más fuertes.

El hecho de que se produzcan concentraciones empresariales no implica que éstas vayan a ser negativas para la competencia, que ésta se vaya a ver restringida. Es cierto que muchas veces el hecho de que un mercado concreto esté muy concentrado es un signo indudable de una restricción de la competencia. Sin embargo, ésta no es la única posibilidad: el nivel de concentración de un mercado puede ser el resultado del ejercicio de la libertad de empresa en un mercado libre y competitivo¹³.

Efectivamente, las concentraciones económicas son una consecuencia inevitable de la existencia del libre mercado. Cuando existe competencia en un mercado libre, donde los demandantes pueden elegir los bienes y servicios que mejor satisfacen sus necesidades, los oferentes que van ganando poder al satisfacer mejor que sus competidores las necesidades de la sociedad tienden a incrementar su cuota de mercado. Así, por ejemplo, cuando una persona necesita un abrigo impermeable para no mojarse y, tras probar a la empresa A, a la B y a la C, decide que se quiere quedar con la C porque la calidad de ésta es, sin ninguna duda, mejor que las demás, la empresa C acabará, con casi toda probabilidad, acaparando gran parte del mercado de los abrigos impermeables. Esta ganancia de cuota de mercado la conseguirá por dos vías principales: expulsando del mercado a los competidores que no son eficaces proveyendo abrigos impermeables (los clientes dejarán de acudir a ellos porque la calidad de la

¹² ALFARO, J.: «No es correcto afirmar que los objetivos perseguidos por las normas del control de concentraciones sean distintas de los objetivos perseguidos por la prohibición de cárteles o de abuso de posición dominante. Cada una de estas reglas ha de interpretarse y aplicarse en relación con el objeto de controlar el poder de mercado», en <https://almacenederecho.org/reflexiones-los-objetivos-del-derecho-tomando-derecho-la-competencia-ejemplo/> (web consultada en octubre de 2018).

¹³ SHAPIRO, C., «Antitrust in time of populism», *International Journal of Industrial Organisation*, 27 de octubre de 2017.

empresa C es mejor que la suya) -en lo que debe entenderse como una consecuencia positiva de la libre competencia- o adquiriendo empresas y eliminando competidores¹⁴.

Por tanto, el control de estas concentraciones encuentra su sentido de ser, no en la concentración de un mercado producida por la acción y la voluntad de los demandantes que han preferido a unos operadores económicos en vez de a otros, sino en las concentraciones económicas que van a poder restringir efectivamente y de manera notable la competencia, afianzando la posición de poder de las empresas concentradas y adquiriendo una posición de poder desde la que establecer precios a su arbitrio.

Así, el Reglamento de la CE 139/2004, sobre el control de concentraciones empresariales (en adelante, el Reglamento), indica en sus considerandos previos estos dos importantes principios. En primer lugar, el considerando 4º del Reglamento indica, en relación con la concentración de un mercado provocada por un libre mercado, que «estas reorganizaciones deben valorarse de forma positiva en la medida en que responden a las exigencias de una competencia dinámica y pueden aumentar la competitividad de la industria europea, mejorar las posibilidades de crecimiento y elevar el nivel de vida en la Comunidad».

Por su parte, el considerando 5º indica, en relación con las concentraciones económicas que restringen la competencia, que «no obstante, es necesario garantizar que el proceso de reestructuración no cause un perjuicio duradero a la competencia; el Derecho comunitario debe, por consiguiente, contener disposiciones que regulen las concentraciones que puedan obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo».

De esta forma queda establecida la voluntad del legislador -comunitario, en este caso- de aplicar el Derecho de la Competencia europeo, a través del control de

¹⁴ ALFARO, J.: «si no ha habido una gran actividad de fusiones y adquisiciones en ese sector o no hay correlación entre tal nivel de actividad y la evolución del grado de concentración en ese sector, es probable que el aumento de la concentración sea la consecuencia natural del funcionamiento competitivo (dinámico) del mercado», en <https://derechomercantiles pana.blogspot.com/2018/03/concentracion-beneficios-empresariales.html> (web consultada en octubre de 2018).

concentraciones, a aquellas operaciones de fusión, adquisición o participación, total o parcial, de un operador económico respecto a otro, cuando la empresa resultante de cualquiera de las operaciones indicadas previamente tenga un considerable poder de mercado que le faculte para controlar los precios o conlleve una modificación estructural del mercado. Consecuentemente, es lógico pensar que el control que se va a efectuar debe limitarse a las concentraciones que puedan desembocar en una reducción de la competencia a través de la limitación de precios¹⁵.

CONCENTRACIONES ECONÓMICAS

CONCEPTO

Para hallar un concepto homogéneo de concentración empresarial o económica es preciso acudir tanto a la norma nacional como a la europea. Así, una vez vista la denominación de concentración que dan ambas -pues la definición es exactamente igual¹⁶-, es totalmente imprescindible tener claro a qué hace referencia el concepto de «control», que es, podríamos decir, el elemento determinante a la hora de calificar la concentración.

En efecto, una concentración se produce cuando el control de una empresa cambia de manos de manera estable en el tiempo, ya sea como consecuencia de una fusión, de una adquisición o de la creación de una empresa en participación. Ésto implica que se va a excluir del control de las autoridades de la competencia aquellas concentraciones que no impliquen una continuidad en el cambio de control de la empresa. Es necesario, por tanto, antes de desarrollar este apartado, centrarse en el concepto de control.

¹⁵ ALFARO, J.: «Si la empresa resultante carece de poder de mercado, prohibir la fusión resulta una injerencia innecesaria en la libertad contractual y de empresa protegidas constitucionalmente (arts. 10 y 38 CE78)», en <https://almacenederecho.org/las-fusiones-y-los-carteles-desde-la-perspectiva-del-derecho-de-la-competencia-prohibicion-de-carteles-y-control-de-concentraciones/> (web consultada en octubre de 2018).

¹⁶ «Se entenderá que se produce una concentración económica cuando se produzca un cambio estable en el control», tanto en el Reglamento (artículo 3.1) como en la LDC (artículo 7.1).

La noción de control, al igual que la de concentración, viene expresamente indicada en la norma nacional y en la comunitaria, apuntando que éste «resultará de los derechos, contratos u otros medios que, por sí mismos o en conjunto, y teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieren la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa»¹⁷. Así, de esta definición pueden extraerse dos elementos importantes: en primer lugar, el hecho de que se tengan en cuenta tanto las circunstancias de hecho como las de derecho y, en segundo lugar, el ejercicio de una «influencia decisiva».

Efectivamente, los legisladores comunitario y nacional han decidido desarrollar un concepto «económico» de concentración¹⁸, el cual va a pivotar sobre el control efectivo de una empresa y no solamente las uniones o adquisiciones de empresas en sentido estricto según el Derecho de Sociedades; esto es, tanto la LDC como el Reglamento van a entender, por ejemplo, que existe igualmente un cambio en el control tras la creación de una nueva empresa -tras fusionarse dos y dejar de existir como entidades jurídicas diferenciadas-, como en la situación producida por dos empresas que vayan a gestionarse económicamente de manera conjunta -manteniendo cada una de ellas su propia personalidad jurídica- en virtud de un contrato¹⁹. Lo definitivo, por tanto, a efectos de ser susceptible de ser considerado «concentración» es el efectivo control sobre la empresa y no que formalmente, y de acuerdo con el Derecho de Sociedades, se cree una nueva estructura de control.

Por otro lado, el concepto de control implica la potestad de ejercer eventualmente «una influencia decisiva» sobre una empresa. La Comunicación consolidada de la Comisión 2008/C 95/01 define esa «influencia decisiva» de manera diferente según se

¹⁷ Artículo 3.2 del Reglamento y 7.2 de la Ley de Defensa de la Competencia.

¹⁸ MAILLO, J., «La noción de concentración económica y las empresas en participación (Joint Ventures)», en *Tratado de Derecho de la Competencia*, Tomo I, ed. Bosch, 2017, pág. 638.

¹⁹ Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas (2008/C 95/01) en su apartado 10, bajo el título: «I. Fusiones entre empresas anteriormente independientes», pág. 5.

trate de una adquisición de control exclusivo -una empresa, o una persona, que por sí misma ejerce la influencia decisiva- o conjunto -son dos o más empresas, o personas, las que ejercen la influencia-.

Con respecto a la adquisición de control exclusivo, la Comunicación diferencia, asimismo, entre dos situaciones diferentes: una, en la que la empresa, o persona, dispone del poder de decidir unilateralmente la estrategia a desarrollar por la otra empresa, y otra, en la que la empresa, o persona, va a poder vetar la estrategia que quiere desarrollar esa empresa, es decir, al adquirir esa posibilidad para bloquear la estrategia deseada por otros socios en la empresa, la Comunicación entiende que dispone de esa «influencia decisiva» a la que hace referencia el artículo 3.2 del Reglamento. Además, ese control exclusivo puede darse *de iure* -cuando se adquieren la mayoría de los derechos de voto en una sociedad- o *de facto* -cuando una persona o una empresa dispone de una posición minoritaria en la sociedad, pero, en la medida en que el resto está muy fraccionado, le es posible obtener la mayoría necesaria para influir-.

En resumen, se puede decir que la «influencia decisiva» a la que hacen referencia el artículo 3.2 del Reglamento y el 7.2 de la LDC es, en el caso de adquisición de control exclusivo -ya sea positivo o negativo-, «el poder de determinar las decisiones estratégicas de una empresa».

En cuanto a la adquisición de control conjunto, la citada Comunicación entiende que se produce la «influencia decisiva» cuando las empresas o personas que controlan la otra empresa tengan la capacidad de bloquear acciones que vayan a determinar la estrategia competitiva de una empresa, viéndose forzadas a cooperar entre ellas para hacerlo eficazmente. Por su parte, el objeto de este control que acaba de ser definido viene indicado en la propia LDC y en el Reglamento, en sus artículos 3 y 7, constituyendo éste la totalidad o parte de una empresa, los activos de dicha empresa o una parte de ellos.

Una vez aclarado el concepto de control, hay que aclarar la condición «duradera» del mismo. En efecto, si la fusión, la adquisición o la creación de *Joint Venture* no tiene vocación permanente, sino temporal, no se aplicarán ni el Reglamento ni la LDC, en sus

respectivos casos. La cuestión es, ¿cuándo hay que entender que la concentración tiene carácter permanente?

En las Conclusiones del Abogado General Kokott²⁰, éste indica que «En este mismo sentido, en el considerando 20, primera frase, se dice que es preciso definir el concepto de concentración de forma que abarque las operaciones que den lugar a un cambio duradero en el control de las empresas afectadas y, por tanto, en la estructura del mercado.» Es decir, el carácter duradero implica que se vaya a ver afectada la estructura de mercado, cobrando sentido, así, el objetivo último del control de concentraciones: la limitación del poder de mercado de un operador concreto a través del control de la estructura de mercado. Ahora bien, ¿en qué casos se producirá un cambio duradero que repercuta en la estructura de mercado? Pues habrá que atenerse a las circunstancias del caso concreto, la manera de adquirir esa influencia decisiva, el período de tiempo en el que se adquiere ésta -de golpe o sucesivamente- o el sector económico implicado²¹.

Por último, tanto el Reglamento como la LDC excluyen de la noción de concentración, en sus artículos 3.5 y 7.3, respectivamente, una serie de situaciones determinadas, como son: la distribución de valores o activos entre empresas del mismo grupo, la tenencia temporal de participaciones de otra empresa por parte de entidades crediticias o financieras cuya actividad incluya la tenencia y transacción de títulos - siempre que los derechos de voto inherentes no se ejerzan- o la adquisición de control por una persona designada por la autoridad pública competente.

En suma, una concentración económica se produce con un cambio estable en el control de una empresa, entendiendo éste como la facultad de influir decisivamente en la estrategia comercial de la misma, siendo consecuencia de una fusión, de una adquisición de control o de la creación de una empresa en participación.

²⁰ Caso C-248/16, Austria Asphalt GmbH & Co OG - Bundeskartellanwalt

²¹ MAILLO, J., «La noción de concentración económica y las empresas en participación (Joint Ventures)», en *Tratado de Derecho de la Competencia*, Tomo I, ed. Bosch, 2017, pág. 642.

TIPOS

Fusión de empresas

Tanto la LDC como el Reglamento entienden el término «fusión» desde una perspectiva económica -como se ha indicado en el apartado anterior- y, por tanto, comprendiendo en este término tanto las fusiones *de iure* como las *de facto*.

En el primer caso, se entiende que se produce una fusión cuando dos empresas integran en una sola -ya sea de nueva creación o en una de las dos existentes- a sus socios, sus patrimonios y sus actividades, extinguiendo alguna, al menos, de las anteriores²². De esta definición pueden extraerse dos tipos de fusiones: aquéllas que extinguen las empresas que se van a fusionar para crear una nueva sociedad -a la que se le va a atribuir el patrimonio en conjunto de las anteriores- (fusión por creación de nueva sociedad), y aquellas otras en las que una de las empresas va a integrar el patrimonio y el conjunto de socios de ambas, tras extinguir una de ellas (absorción). En ambas situaciones se produce, sin ninguna duda, una concentración económica a efectos del Reglamento y de la LDC.

En el segundo caso, aquellas fusiones que se producen *de facto*, entiende la CE en su Comunicación 2008/C 95/01 que también se incluirán en el artículo 3.1.a del Reglamento la creación de una única entidad económica²³, aunque no se haya producido formalmente una fusión. Además de esta «única entidad económica», la Comunicación señala como importante a efectos de considerar que existe una fusión *de facto* la existencia de una gestión única y permanente, una compensación interna de pérdidas y ganancias, la existencia de una responsabilidad solidaria o una división de los riesgos

²² Artículo 22 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

²³ Comunicación consolidada de la CE 2008/C 95/01, en su apartado 10: «También puede darse el tipo de concentración contemplado en la letra a) antes citada cuando, a pesar de no producirse una fusión a nivel jurídico, la combinación de las actividades de empresas anteriormente independientes supone la creación de una única entidad económica».

externos, entre otros. La manera en que esta fusión se lleve a cabo puede producirse de diversas maneras, siendo, al final, lo verdaderamente relevante el cambio duradero en el control efectivamente producido.

Adquisición de empresas

La segunda manera a través de la cual puede producirse una concentración económica es a través de la adquisición de control por parte de una o varias personas de la totalidad o parte de otra. En efecto, la noción de control adquiere aquí una importancia clave, pues es la que va a determinar la existencia de una concentración y, ulteriormente, el eventual control por parte de la autoridad de la competencia correspondiente, nacional o comunitaria. Remitiendo la noción de control a lo indicado en el epígrafe anterior, lo relevante ahora es indicar cómo se puede adquirir ese control.

En efecto, la LDC -en su artículo 7.2- y el Reglamento -en su artículo 3.2- señalan que la adquisición del control puede producirse a través de derechos, contratos o cualquier medio, en realidad, que confiera la posibilidad de ejercer la previamente mencionada «influencia decisiva». Sin embargo, los más relevantes son la adquisición de acciones o la firma de contratos.

En el primer caso, la simple adquisición de una mayoría del capital social de la empresa va a conceder al adquirente la posibilidad de controlarla y, por tanto, convirtiendo esa actuación en una concentración. En sentido amplio, se entiende que la tenencia de la mayoría de derechos de voto en el seno de una sociedad también produce la adquisición de control requerida por los citados artículos. En el segundo caso, lo relevante a efectos del control adquirido mediante contrato es que éstos han de ser de muy larga duración. Efectivamente, además de contar en la práctica con los mismos efectos que la tenencia de la mayoría del capital, la duración del contrato ha de ser lo suficientemente estable como para producir una modificación duradera del mercado²⁴.

²⁴ MAILLO, J., «La noción de concentración económica y las empresas en participación (Joint Ventures)», en *Tratado de Derecho de la Competencia*, Tomo I, ed. Bosch, 2017, pág. 643.

Joint Venture

La *Joint Venture* -o aventura conjunta²⁵- es una forma de colaboración empresarial concretable de diversas maneras, entre las que son destacables dos: a través de contratos o a través de la utilización de sociedades de capital, siendo la elección de una u otra fundamentada en las preferencias de las empresas que colaboran. Por tanto, lo relevante no es la forma jurídica en la que se materialice esa colaboración, sino la colaboración en sí condicionada por una serie de características.

Consecuentemente, las características que identifican estos acuerdos son bastante amplias, si tenemos en cuenta que la voluntad de constituir una *Joint Venture* puede venir dada por muchos factores. En efecto, la voluntad de dos empresas o más de colaborar, la existencia de un interés común, el interés en compartir los eventuales riesgos derivados de la cooperación, el control conjunto sobre el negocio o la disposición conjunta a entrar en nuevos mercados son algunas de las características que van a definir la *Joint Venture*.

La *Joint Venture*, en suma, puede ser definida como el acuerdo de colaboración existente entre los *venturers* para la realización de un negocio en común, en el que se va a mantener la autonomía jurídica y funcional de las partes y se va a compartir el control sobre el negocio²⁶.

Por último, lo relevante de la *Joint Venture* a efectos del Derecho de la Competencia es saber qué empresas en participación van a ser consideradas concentraciones. Se pueden dar varios supuestos, pero los destacables son los siguientes.

²⁵ CAYÓN DE LAS CUEVAS, J., «Grupos de Sociedades y formas de colaboración empresarial», en AUTORES VARIOS (dir. TOMILLO URBINA, J.L., coord.. ÁLVAREZ RUBIO, J.), *Derecho de Sociedades*, ed. Dykinson, Madrid, 2016, pág. 265.

²⁶ MICHAVILA, A., «La joint venture contractual en el ámbito internacional», en *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, 2014, n° 27, pág. 8.

En primer lugar, que se cree una filial común a las empresas participantes, desarrollando ésta «plenas funciones»²⁷. Asimismo, además del desarrollo de plenas funciones de la empresa en participación, éstas han de ser desarrolladas de forma permanente; esto es, que, como ya se ha indicado, las concentraciones son modificaciones estructurales de la competencia de carácter estable, duradero. Esta situación, de nuevo, es regulada por la LDC y el Reglamento de igual manera.

En segundo lugar, el supuesto dado es el de adquisición del control de una empresa por parte de otras dos, al menos, de manera conjunta. En la medida en que éste sería el supuesto paradigmático del artículo 3.1.b del Reglamento, no sería necesario tener en consideración el concepto de «plenas funciones» a efectos de clasificar la adquisición de control conjunto como concentración²⁸.

RÉGIMEN JURÍDICO

ESPAÑA: LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA 15/2007 Y RD 261/2008

El régimen jurídico relativo al control de concentraciones económicas en España se recoge en la ya citada Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, la cual se desarrolla, a su vez, por un Reglamento, el RD 261/2008.

De esta manera, la LDC recoge entre sus artículos 7 y 10 -ambos incluidos- el régimen jurídico general del control de concentraciones económicas, relegando a los artículos 55 y siguientes el régimen general que va a regular el proceso ante la CNMC, desde la notificación que inicia el procedimiento hasta la instrucción y resolución del mismo. Es por ésto que resulta imprescindible centrarse en ese primer grupo de 4

²⁷ Comunicación consolidada de la CE 2008/C 95/01, en su apartado 94: «Ser una empresa con plenas funciones significa esencialmente que la empresa en participación ha de poder operar en un mercado y desempeñar todas las funciones que normalmente desarrollan las empresas presentes en dicho mercado».

²⁸ Comunicación consolidada de la CE 2008/C 95/01, en su apartado 91: «Así, una transacción en la que participen diversas empresas que adquieran a terceros el control conjunto de otra empresa o partes de otra empresa... constituirá una concentración con arreglo al artículo 3, apartado 1, sin que sea necesario considerar el criterio de plenas funciones».

artículos para comprender de manera exacta la forma en que se regula en España el control, remitiéndonos al siguiente capítulo para el análisis del proceso llevado a cabo ante la autoridad nacional de la competencia.

Así, primeramente, su artículo 7 regula el concepto de concentración económica, el cual ya ha sido desarrollado en los capítulos previos de este trabajo, así como los casos en los que se excluye la consideración de concentración (art. 7.3). Posteriormente, el artículo 8 va a regular el ámbito de aplicación, o, dicho de otra manera, a qué concentraciones se les va a aplicar el procedimiento regulado en dicha norma. Respecto a este artículo, nos remitimos al análisis realizado del mismo en el apartado 2 de este epígrafe, referido a las «concentraciones económicas de dimensión española».

En segundo lugar, el artículo 9 dispone la manera en que las denominadas concentraciones de dimensión «española» citadas en el artículo anterior van a deber notificar a la CNMC, disponiendo que se procederá a la misma siempre antes de su ejecución. También impone la suspensión del procedimiento de concentración hasta que se haya autorizado la misma o se haya procedido a levantar la suspensión en los supuestos tasados en el artículo 38 de la misma norma, así como señala el apartado tercero que la notificación y la suspensión no van a impedir la realización de una OPA (oferta pública de adquisición de acciones), siempre que se notifique en los siguientes 5 días a la solicitud realizada ante la CNMV y «el comprador no ejerza los derechos de voto inherentes a los valores en cuestión». Finalmente, menciona la obligación de notificar a cada una de las partes intervinientes en el procedimiento de concentración, siendo posible, en caso de incumplir su obligación, la imposición de las multas o sanciones previstas en los arts. 61 y siguientes.

Sin embargo, el punto de principal importancia queda recogido en el artículo 10, en el cual se prevén los denominados «criterios de valoración sustantiva». Así, los apartados primero y cuarto, respectivamente, señalan de manera taxativa las pautas que va a seguir la CNMC a la hora de valorar las concentraciones, siendo la primera de éstas la «posible obstaculización del mantenimiento de una competencia efectiva» y la segunda, la facultativa intervención del Consejo de Ministros en la valoración de las concentraciones, siguiendo criterios de «interés general distintos de la defensa de la competencia».

Siendo el mantenimiento de la competencia en el mercado el objetivo del control por parte de la CNMC, el artículo 10 indica hasta 8 elementos en los que la Comisión fundamentará su decisión:

- a) la estructura de todos los mercados relevantes,*
- b) la posición en los mercados de las empresas afectadas, su fortaleza económica y financiera,*
- c) la competencia real o potencial de empresas situadas dentro o fuera del territorio nacional,*
- d) las posibilidades de elección de proveedores y consumidores, su acceso a las fuentes de suministro o a los mercados,*
- e) la existencia de barreras para el acceso a dichos mercados,*
- f) la evolución de la oferta y de la demanda de los productos y servicios de que se trate,*
- g) el poder de negociación de la demanda o de la oferta y su capacidad para compensar la posición en el mercado de las empresas afectadas,*
- h) las eficiencias económicas derivadas de la operación de concentración y, en particular, la contribución que la concentración pueda aportar a la mejora de los sistemas de producción o comercialización así como a la competitividad empresarial, y la medida en que dichas eficiencias sean trasladadas a los consumidores intermedios y finales, en concreto, en la forma de una mayor o mejor oferta y de menores precios.*

Asimismo, junto al objetivo de mantener una competencia efectiva en el mercado, los apartados 2 y 3 del mismo artículo destacan otros dos criterios para valorar una concentración: por un lado, cuando una Joint Venture se cree con el objeto de «coordinar el comportamiento competitivo de empresas que continúen siendo independientes», se utilizarán para valorar la misma los artículos 1 y 2 de la LDC, relativos a la prohibición de prácticas colusorias y abusos de posición dominante; por otro lado, se habrán de valorar las denominadas restricciones accesorias -o “ancillary restraints”- como si formaran parte de la concentración principal que se está viendo sometida a control (estas restricciones accesorias se constituyen a través de acuerdos voluntarios entre las diferentes partes de la concentración y son relativas a determinadas

obligaciones o prohibiciones, o incluso a la transferencia de información industrial o tecnológica²⁹).

Por lo tanto, cuando se produzca una operación de concentración incluida dentro de los parámetros del artículo 8 LDC, el análisis que se va a realizar por parte de la CNMC va a tener en cuenta siempre una eventual obstaculización de la competencia, a través de la observancia de los elementos ya citados, siendo posible, en determinados casos, la intervención del Consejo de Ministros, a través del Ministro de Economía, ateniéndose a criterios que no tienen por objetivo la protección de la libre competencia.

Concentraciones económicas de dimensión «española»

Para considerar que una concentración tiene dimensión «española» hay que remitirse al artículo 8 de la LDC y a los artículos 4 y 5 del Reglamento 261/2008, en los que se detalla el ámbito de aplicación de la normativa española sobre control de concentraciones. Así, podemos afirmar que una concentración económica tiene dimensión «española» -subsumiéndose, por tanto, en el ámbito de la aplicación de la LDC- en tres situaciones diferentes.

En primer lugar, el artículo 8.1.a de la LDC señala que siempre que una operación de concentración implique la adquisición o el incremento de, al menos, un 30% de la cuota de mercado relevante, se le aplicará el procedimiento previsto en la LDC. Respecto de este precepto hay que preguntarse dos cuestiones: ¿cómo se calcula la cuota de mercado? ¿qué es el «mercado relevante»?

A la primera pregunta responde de manera clara el art. 4.1 del Reglamento 261/2008 indicando que la cuota se calculará sumando las cuotas de mercado de las empresas participantes en la operación, entendiendo la cuota de mercado como el porcentaje del mercado relevante que le corresponde a una empresa. Ésto conecta de manera directa con la segunda pregunta: el mercado relevante está formado por el

²⁹GONZÁLEZ, F.E. y CARPI, J.M., «La evaluación de los efectos de las concentraciones económicas)», en *Tratado de Derecho de la Competencia*, Tomo I, ed. Bosch, 2017, pág. 768.

conjunto de vendedores que ofrecen en el mercado bienes sustituibles entre sí³⁰. De esta manera, para concretar la definición sólo hace falta saber cuándo un bien es sustituible por otro y, para conseguirlo, se utiliza el criterio de la «elasticidad cruzada de la demanda».

En efecto, este criterio permite concluir cuándo dos productos son sustituibles entre sí, lo que quiere decir, en definitiva, qué dos bienes satisfacen las mismas necesidades. Como paradigma de productos sustituibles podemos encontrar a Cola-Cola y Pepsi, en tanto que ambos productos satisfacen las necesidades de los consumidores de refrescos de cola. La «elasticidad cruzada de la demanda» se calcula dividiendo la variación porcentual del bien demandado A (Coca-Cola, por ejemplo) entre la variación porcentual del precio de B (Pepsi, por ejemplo), debiendo resultar el cociente de esta división positivo para poder afirmar que los dos bienes son sustituibles entre sí. De manera más sencilla: si se aumentara el precio de Pepsi es muy probable que la demanda de Coca-Cola aumente.

Una vez que sabemos qué son «bienes sustituibles» y cómo determinarlos, queda preguntarse, ¿cómo se calcula ese mercado relevante? Pues bien, el procedimiento más adecuado es el «Test SSNIP» (lo que quiere decir *Small but Significant and Nontransitory Increase in Price*)³¹. Esta prueba -también denominada «Test del monopolista hipotético»-, parte de un producto determinado en una zona geográfica concreta. Así, hay que imaginar que el existente monopolista (de ahí el nombre del Test) de ese producto en esa zona concreta va a incrementar el precio de su producto de forma permanente entre un 5% y un 10%. Tras ocurrir esto, si fuera rentable nos encontraríamos ante un mercado relevante. Sin embargo, si no lo fuera, habría que ampliar el test y repetirlo para hallar el verdadero mercado relevante.

³⁰ ALFARO, J. en <https://almacenederecho.org/definicion-del-mercado-relevante-en-operaciones-de-concentracion/> (web consultada en enero de 2019).

³¹ JIMÉNEZ, F. y CAÑIZARES, E. en <https://www.uv.es/~frequena/estructura/NERA.pdf> (web consultada en enero de 2019).

De nuevo, para apreciarlo de forma más clara, imaginemos que el producto es Coca-Cola y que la zona geográfica es España. Si Coca-Cola decidiera incrementar los precios y esto no fuera rentable, ¿cuál sería la explicación? Habría dos opciones: o bien los consumidores de Coca-Cola habrían dejado de adquirir ésta para pasarse a un producto que le hiciera competencia (Pepsi, por ejemplo), o bien los consumidores habrían dejado de consumir Coca-Cola en España para hacerlo en otra zona geográfica (Portugal, por ejemplo). En cualquiera de los dos casos, el test debería repetirse tras ampliar los parámetros del mismo: si nos centramos en el caso de que los consumidores de Coca-Cola se hubieran pasado a Pepsi, habría que comprobar si el monopolista hipotético, Coca-Cola y Pepsi conjuntamente, habiendo aumentado los precios de forma permanente entre un 5% y un 10%, alcanzaría un beneficio. Finalmente, el mercado relevante se va a determinar una vez que la respuesta a esa pregunta sea afirmativa, tras haber repetido el test las veces que hubiera hecho falta.

En suma, según el artículo 8.1.a de la LDC, existirá una concentración de «dimensión española» cuando, como consecuencia de la concentración, se cree o aumente un 30% la cuota del mercado relevante. Además, el segundo párrafo de este artículo excluye del concepto de concentración «española» a aquellas concentraciones cuyos activos o sociedades adquiridas no superen los 10 millones de euros y los partícipes en las mismas no dispongan, de manera individual o conjunta, de una cuota superior al 50% en el mercado relevante.

Por otro lado, en segundo lugar, el apartado 1.a del citado artículo 8 de la LDC incluye dentro del concepto de concentración de «dimensión española» a aquellas concentraciones cuyos partícipes hubieran facturado un mínimo el ejercicio anterior. Este apartado pivota sobre el conjunto de la facturación en contraposición con el anterior, que lo hace en función de la cuota del mercado relevante. En efecto, se impone un doble requisito de facturación a los partícipes, uno colectivo, que exige a los partícipes facturar más de 240 millones de euros de manera conjunta en el último ejercicio contable en España, y otro individual, que exige que, al menos dos de los partícipes, superen los 60 millones de euros en el volumen de negocios en España. Al igual que en el caso del mercado relevante, la manera en que se va a calcular ese

volumen de negocios viene detallada en el artículo 5 del Reglamento 261/2008, por el que se desarrolla la LDC.

Finalmente, el artículo 8.2 de la LDC incluye la posibilidad de que la CNMC conozca de concentraciones, en principio de dimensión «comunitaria», que hayan sido remitidas por la Comisión Europea a las autoridades nacionales de la competencia. Por tanto, si, como hemos dicho, entendemos que una concentración tiene «dimensión española» cuando va a estar dentro del ámbito de aplicación de la LDC, como cuando se cumplen los requisitos de facturación mínima o de una determinada cuota de mercado, también podemos interpretar que una concentración tendrá carácter «español» cuando la CE remita su conocimiento a la autoridad nacional, la CNMC, quedando bajo aplicación de la LDC.

UNIÓN EUROPEA: TFUE, REGLAMENTO 139/2004 Y REGLAMENTO DE LA COMISIÓN DE 7 DE ABRIL DE 2004

El régimen jurídico sobre control de concentraciones en el ámbito de la UE está recogido en 2 normas, principalmente: el TFUE y el Reglamento 139/2004. Así, aunque el TFUE incluye entre sus artículos 101 a 109 la política de Defensa de la Competencia de la Unión, estableciendo el margen de acción de las autoridades comunitarias -incluso en el ámbito del control de concentraciones³²-, el legislador comunitario ha entendido que para el desarrollo completo del régimen jurídico del control de concentraciones era más eficaz su desarrollo a través de un Reglamento independiente y especializado³³.

³² Así lo indica el artículo 101.1 TFUE: «Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior».

³³ En este sentido se pronuncia el Considerando nº 7 del Reglamento 139/2004: «Los artículos 81 y 82 (ahora 101 y 102 TFUE), aunque aplicables a determinadas concentraciones según jurisprudencia del TJUE, no son suficientes para controlar todas las operaciones que puedan resultar incompatibles con el régimen de competencia no distorsionada previsto en el Tratado.».

Es por ésto que el eje sobre el que va a pivotar el conjunto de normas del ordenamiento relativas a control de concentraciones es el Reglamento del Consejo 139/2004.

En el Reglamento, al igual que en la LDC, habría que separar en dos bloques los artículos que lo forman para poder comprenderlo mejor. Por un lado se encuentran los artículos 1 a 5 -éste incluido-, en los cuales se desarrolla la normativa sustantiva, mientras que, por otro lado, el resto del reglamento desarrolla el proceso ante la CE, las consecuencias del mismo y, en definitiva, todas las cuestiones incidentales que tienen que ver con el procedimiento y su aplicación. A continuación se analizará ese primer bloque de artículos, dejando para el epígrafe siguiente el artículo 2.

El artículo 3 del Reglamento desarrolla el concepto de concentración económica, sus tipos y las situaciones excluidas. Así, como se explica en el segundo capítulo de este trabajo, entiende que una concentración es tanto una fusión, una adquisición de control o la creación de una empresa en participación, explicando en sus apartados segundo y tercero qué se entiende por control y cuándo se ha adquirido éste. Por su parte, el apartado quinto del artículo excluye del concepto de concentración los 3 supuestos ya citados en el capítulo segundo.

Con anterioridad a éste, el artículo 2 del Reglamento desarrolla los criterios que van a ser la referencia de la Comisión a la hora de valorar las concentraciones que se sometan a su control. Entre éstos, cabe destacar la necesidad de mantener una verdadera libre y efectiva competencia en el mercado (art. 2.1.a) y la posición que ocupan en el mercado las empresas participantes, así como las posibilidades de elección de proveedores y usuarios (art. 2.1.b). En definitiva, la CE, atendiendo a estos criterios, declarará compatible o incompatible cada concentración, dependiendo de si son susceptibles de obstaculizar el mercado común o no.

Finalmente, el artículo 4 desarrolla la obligación de notificar a la CE todas las concentraciones que se encuentren dentro del ámbito de aplicación del Reglamento, es decir, todas aquellas concentraciones que tengan «dimensión comunitaria».

Concentraciones económicas de dimensión «comunitaria»

Al igual que se ha definido la concentración de «dimensión española» como toda aquella concentración que se viera subsumida dentro del ámbito de aplicación de la LDC, una concentración de «dimensión comunitaria» es toda aquella que se encuentra dentro del ámbito de aplicación del ya mencionado Reglamento 139/2004.

En efecto, es el artículo 1 del Reglamento el que se encarga de definir cuándo una concentración tiene «dimensión comunitaria», diferenciando 2 tipos. En primer lugar, según indica el segundo apartado del artículo, tendrán «dimensión comunitaria» todas las concentraciones en las que participan empresas cuyo volumen de negocios a escala mundial supere los 5.000 millones de euros y el volumen a nivel comunitario, de al menos 2 de las empresas afectadas, supere los 250 millones de euros. A esta primer tipo de concentraciones no va a serle de aplicación el Reglamento cuando todas las empresas participantes mantengan dos tercios de su volumen de negocios total en un solo Estado miembro.

Por otro lado, el tercer apartado de este mismo artículo señala que es posible definir una concentración como «comunitaria» aunque ésta no alcance los umbrales citados en el párrafo anterior, siempre que reúna unos requisitos cuantitativos muy concretos. Así, se incluye en el ámbito de aplicación del Reglamento a aquellas concentraciones cuyos partícipes superen los 2.500 millones de euros en volumen de negocios a escala global; superen conjuntamente en volumen de negocios los 100 millones de euros en el ámbito de, al menos, tres Estados miembros; superen, en el ámbito de esos tres mismos Estados miembros, al menos dos de las empresas afectadas, los 25 millones de euros de manera individual y, finalmente, superen, al menos dos de las empresas afectadas los 100 millones de euros en volumen total de negocios a nivel comunitario. No obstante, y de igual manera que en el apartado segundo, si todas las empresas implicadas desarrollan dos tercios de su volumen total de negocios en un solo Estado miembro, no se les aplicará el Reglamento.

Lo que se pretende con este apartado es facultar a la CE para conocer de todas aquellas operaciones que, si bien en un principio no cumplen con los requisitos cuantitativos del apartado segundo, debido a su importante presencia en el conjunto de

la Unión -presencia a nivel comunitario, en varios países con un mínimo de negocio, por ejemplo-, se entiende que deben ser analizadas desde un único punto de vista comunitario, que haya una sola interpretación y aplicación de la normativa *antitrust*. Esto se conoce como principio de «ventanilla única»³⁴: todas aquellas operaciones de concentración susceptibles de causar un impacto importante en el seno de la Unión han de ser controladas por un mismo órgano, la CE, y en base a una misma normativa, el Reglamento.

DIFERENCIAS ENTRE LDC Y REGLAMENTO 139/2004: INTERVENCIÓN POLÍTICA EN EL CONTROL

La existencia paralela de ambas normas, la LDC y el Reglamento, hace posible compararlas desde un punto de vista sustantivo, examinando cuáles son sus puntos en común y en cuáles se diferencian. Si bien la mayoría de aspectos son iguales en las dos normas, se hace imprescindible señalar un supuesto concreto, siendo éste la facultad otorgada al Consejo de Ministros por parte de la LDC (artículos 10.4 y 60) de intervenir en el procedimiento de control una vez que la CNMC haya resuelto prohibir la concentración o subordinar su autorización al cumplimiento de determinadas condiciones. Al producirse la intervención tras la resolución de la segunda fase del procedimiento, se denomina a esta facultad del Gobierno «tercera fase». Antes de desarrollar en qué consiste su intervención o qué facultades ostenta es importante aclarar cuál es su razón de ser.

En efecto, la posibilidad de intervención por parte del Gobierno en una operación de control solamente puede explicarse a través de la voluntad existente en el legislador de introducir criterios de valoración diferentes a la pura Defensa de la Competencia. Dicho de otro modo, el objetivo de este precepto es excepcionar en determinados supuestos el análisis puramente técnico de la concentración, dejando paso a un análisis basado en criterios de interés general. De esta manera, el artículo 10.4 de la LDC introduce la valoración con criterios políticos, tales como: defensa y seguridad nacional,

³⁴ PÉREZ, A., *La evaluación antitrust de las concentraciones de empresas en la Unión Europea*, Córdoba, 2015, pág. 21.

garantía de un adecuado mantenimiento de los objetivos de la regulación sectorial o la protección de la seguridad pública, entre otros. Consecuentemente, lo que el Consejo de Ministros no puede hacer es analizar la concentración desde el punto de vista de la Defensa de la Competencia, dictando una resolución contradiciendo los argumentos de la CNMC: su intervención sólo ha de ampararse en el interés general.

Ahora bien, una vez establecidos los criterios en función de los cuales se va a basar la actuación del Consejo de Ministros, ¿cuál es el procedimiento? ¿qué facultades ostenta? Es el artículo 60 de la LDC el que va a regular la intervención, indicando quién inicia el proceso, las facultades o los plazos de resolución.

En primer lugar, es competencia del Ministro de Economía y Hacienda elevar la decisión al Consejo de Ministros, siempre y cuando la CNMC haya resultado, en segunda fase, prohibir la concentración o subordinar su aprobación al cumplimiento de determinadas condiciones. Así, tras notificar a las partes interesadas en el proceso que se va a elevar el asunto al Consejo de Ministros, éste puede, en virtud del artículo 60.3 de la LDC, bien confirmar la resolución de la CNMC, o bien autorizar la concentración. En el caso de que se opte por autorizar, la resolución ha de venir suficientemente motivada de acuerdo con los criterios indicados en el artículo 10 de la LDC. Como es lógico, para todo este proceso existe un plazo de dieciocho meses, finalizado el cual sin resolución, se entenderá la dictada por la CNMC como directamente ejecutiva. Finalmente, deberá notificar la resolución tanto a la CNMC como a las partes interesadas.

Esta facultad del Gobierno cobra relevancia en casos notorios, como los que se analizarán en el capítulo quinto de este trabajo. Así, mientras que en España se ha utilizado en un único procedimiento desde la introducción de la LDC, como veremos con el caso «Antena 3 & La Sexta», en el seno de la Unión surgen voces solicitando la inclusión de un precepto en el reglamento que permita la intervención política, como veremos ha sucedido en el reciente caso «Alstom & Siemens».

ÓRGANO DE CONTROL

Dado que hay, como se ha señalado previamente, dos normas que regulan de manera paralela el control de concentraciones, hay, asimismo, dos órganos paralelos ante los que se sigue el procedimiento indicado en cada normativa, siendo la CNMC en España, siguiendo la LDC, y la Comisión Europea en el ámbito de la UE, siguiendo el Reglamento 139/2004, los respectivos órganos encargados de la Defensa de la Competencia.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC)

Estructura y composición

La CNMC está regulada por la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia. La Comisión va a concentrar las competencias previamente ostentadas por la Comisión Nacional de la Competencia, la Comisión Nacional de la Energía, la Comisión del Mercado de las telecomunicaciones, el Comité de Regulación Ferroviaria, la Comisión Nacional del Sector Postal, la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales. En definitiva, lo que el legislador ha buscado con la creación de este ente público es conseguir unificar la promoción de la competitividad y la supervisión de sectores estratégicos de la economía en un mismo organismo³⁵.

El régimen jurídico de la CNMC no acaba en la Ley 3/2013, ya que la propia LDC regula tanto el procedimiento a seguir en la misma Comisión como los criterios de valoración sustantiva de las Concentraciones, pasando por los recursos contra las

³⁵ Preámbulo de la Ley 3/2013, de creación de la CNMC: «Éstas (la seguridad jurídica y la confianza institucional) se consiguen con unas normas claras, una arquitectura institucional seria y unos criterios de actuación conocidos y predecibles por todos los agentes económicos. Cuanto mayor sea la proliferación de organismos con facultades de supervisión sobre la misma actividad, más intenso será el riesgo de encontrar duplicidades innecesarias en el control de cada operador y decisiones contradictorias en la misma materia».

decisiones del Presidente y del Consejo de la Comisión. Se rige, también, por las normas de los sectores sometidos a su supervisión y control. Además, como es normal, también se le van a aplicar -de manera supletoria- la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, o la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Una vez indicado el marco normativo de la CNMC es preciso, antes de destacar las funciones que le competen, comprender su estructura orgánica.

La CNMC actúa y desempeña sus funciones a través de su Consejo y del Presidente de la Comisión -que también es presidente del Consejo-. Éste está compuesto por diez miembros (el Presidente, el Vicepresidente y ocho consejeros) nombrados por el Gobierno, a propuesta del Ministro de Economía. Cabe señalar aquí que el legislador quiso, a efectos de conseguir consejeros independientes y de notoria profesionalidad, establecer un «doble filtro de calidad»³⁶. Así, como primer filtro, la Ley exige que los miembros del Consejo sean escogidos «entre personas de reconocido prestigio y competencia profesional en el ámbito de actuación de la Comisión, previa comparecencia ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados». Por otro lado, como segundo filtro, se le concede la facultad a la Comisión parlamentaria de vetar, mediante acuerdo adoptado por mayoría absoluta, el nombramiento de algún consejero. Además, a estas dos medidas que buscan garantizar la independencia de los miembros del Consejo también se le puede añadir la existente limitación temporal de 6 años, sin posibilidad de reelección, en el cargo.

Por último, el artículo 16 de la Ley 3/2013 señala que el Consejo puede actuar en pleno o en sala, siendo dos las salas existentes: «una dedicada a temas de competencia y otra a supervisión regulatoria»³⁷. Cada sala estará formada por 5 miembros del Consejo, siendo presidida la sala dedicada a la Competencia por el Presidente del Consejo y la dedicada a supervisión regulatoria por el Vicepresidente.

³⁶ BERENGUER, L., BACHES, S. y ARENAS, N., «El sistema institucional de la Ley 15/2007», en *Tratado de Derecho de la Competencia*, Tomo I, ed. Bosch, 2017, pág. 190.

³⁷ Artículo 18.1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.

Funciones

La CNMC asume, en resumidas cuentas, tres grandes bloques de funciones³⁸: primeramente, ser garante de la libre competencia en el conjunto del mercado nacional - en todos los sectores-; en segundo lugar, ejercer la supervisión y control de determinados sectores regulados de la economía y, finalmente, erigirse como institución capaz de resolver conflictos planteados en el ámbito de los sectores regulados. A los efectos del presente trabajo sólo se van a desarrollar las competencias ostentadas por la Comisión en el ámbito de la defensa de la competencia, concretamente las relativas al control de concentraciones económicas.

En efecto, en tanto que autoridad nacional de la competencia, la CNMC dispone de competencia exclusiva para defender la libre competencia en el conjunto del mercado nacional, incluyendo en este ámbito, lógicamente, el control de concentraciones económicas. Así, el artículo 5.1.d de la Ley 13/2013, de la CNMC, recoge la competencia exclusiva para aplicar la normativa recogida en la LDC relativa al control de concentraciones. De este modo, el legislador decide reunir toda la capacidad decisoria en el control de concentraciones -a excepción de la eventual, y previamente citada, intervención del Consejo de Ministros- en un mismo órgano. Ahora bien, teniendo en cuenta que los principios básicos del Derecho, la equidad y la lógica -incluso- nos indican que no se puede ser «juez y parte» en un proceso, la pregunta que se plantea surge de manera natural: ¿quién tiene la competencia para instruir y quién para resolver el expediente de control? La respuesta la encontramos en la Dirección de Competencia.

El artículo 25 de la Ley 3/2013 recoge la creación de cuatro «órganos de dirección» en el seno de la CNMC encargados de instruir los procedimientos y de desarrollar todas las funciones que el Consejo pudiera delegar en ellos, salvo aquéllas cuya competencia recayera exclusivamente en el Consejo. Entre estos cuatro «órganos de dirección» se encuentra la Dirección de Competencia, constituyéndose así en el órgano que va a

³⁸ URÍA MENÉNDEZ, «Guía práctica de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia».

desarrollar el conjunto de las funciones atribuidas a la CNMC relativas a la preservación y promoción de la competencia. Consecuentemente, la instrucción de los procedimientos de control de concentraciones se desarrollarán íntegramente en la citada Dirección.

Por su parte, las competencias ostentadas por el Consejo no se limitan a resolver los procedimientos -en primera o segunda fase- de control, sino que es también el órgano encargado de acordar el levantamiento de la obligación de suspensión de la ejecución de una concentración o solicitar o acordar el reenvío del expediente a la CE, todos recogidos, junto al resto de funciones, en el artículo 20 de la Ley 3/2013. Finalmente, en la medida en que el Consejo actúa a través del Pleno y de la Sala encargada de la Competencia (en lo relacionado con el control de concentraciones, se entiende), estas funciones se ejercitan a través de ambas, siendo la norma que la Sala será la encargada de desarrollar todas las funciones encargadas al Consejo, salvo aquéllas indelegables para el Pleno³⁹.

Procedimiento de control de concentraciones

El procedimiento de control queda regulado en la LDC y en el Reglamento de desarrollo de ésta. Así, el artículo 9 LDC señala que el proceso comienza cuando los operadores que forman parte de la concentración notifican a la CNMC la operación que van a llevar a cabo, ésto es, de manera previa a la operación de fusión o de adquisición de control -conjunto o exclusivo-. Se entiende que la obligación de notificar se extiende a todas aquellas operaciones que entren en el ámbito de aplicación de la norma⁴⁰.

³⁹ Las funciones que no puede delegar el Pleno del Consejo vienen detalladas en el artículo 14.1 de la Ley 3/2013: «la aprobación del anteproyecto de presupuestos del organismo, de su memoria anual y sus planes anuales o plurianuales de actuación en que se definan sus objetivos y sus prioridades, la aprobación del reglamento de funcionamiento interno, el nombramiento del personal directivo, la impugnación de actos y disposiciones a los que se refiere el artículo 5.4 de esta Ley y, en su caso, la potestad de dictar circulares y comunicaciones de carácter general a los agentes del mercado objeto de regulación o supervisión en cada caso».

⁴⁰ El ámbito de aplicación queda detallado en el apartado «concentraciones españolas» del Tercer Capítulo del presente Trabajo.

Además, para que el control sea efectivo y no sea perjudicial -ni para las partes de la concentración ni para la competencia-, la operación de concentración no podrá seguir adelante, no podrá ejecutarse, hasta que reciba la autorización de la Administración en los términos que veremos más adelante. La explicación se deriva del potencial perjuicio que se puede causar si, una vez realizada la concentración, se prohibiera la operación, perjudicando de esta manera gravemente a las partes. Por lo tanto, este control *ex ante* de la operación tiene por objetivo garantizar la seguridad jurídica. Excepcionalmente, el Consejo de la CNMC podrá levantar la suspensión y permitir que la operación siga adelante, a propuesta de la Dirección de Competencia (habiendo sido solicitada motivadamente por las partes). De nuevo, la razón de ser de esta facultad del Consejo se halla en la voluntad del legislador de evitar un grave perjuicio para los partícipes en la concentración.

Una vez notificada la operación, y subsanados en plazo de 10 días las posibles faltas de información -en su caso-, la Dirección de Competencia «formará expediente y elaborará un informe de acuerdo con los criterios de valoración del artículo 10, junto con una propuesta de resolución»⁴¹, es decir, la Dirección de Competencia se encarga de examinar e instruir el expediente antes de remitirlo al Consejo para su resolución. A este proceso se le denomina «Primera Fase» y ha de realizarse en el plazo de 1 mes, a contar desde la notificación. Por tanto, la primera fase del procedimiento termina cuando el Consejo de la CNMC dicta una resolución con una de las siguientes posibilidades:

- Autorizar la concentración.
- Subordinar su autorización al cumplimiento de determinados compromisos propuestos por los notificantes.
- Iniciar la segunda fase del procedimiento.
- Remitir la concentración a la Comisión Europea.
- Archivar las actuaciones.

⁴¹ Artículo 57.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Si autoriza o condiciona la autorización a determinados compromisos el procedimiento de control finaliza ahí. También se pueden archivar las actuaciones por falta de competencia o de objeto⁴². La posibilidad más interesante a los efectos de este trabajo se encuentra en la facultad que dispone el Consejo para acordar abrir una «Segunda Fase». Ésto se produce cuando el Consejo considera que la concentración notificada puede obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en todo o parte del mercado nacional. De esta manera deviene necesaria una mayor investigación de la concentración, lo cual se hace a través de la segunda fase.

En efecto, la segunda fase comienza cuando el Consejo acuerda iniciarla, momento a partir del cual dispondrá de dos meses para instruir y resolver el expediente. La diferencia principal entre el análisis en esta segunda fase y la primera reside en dos situaciones: se analiza más minuciosamente y se da voz a terceros interesados. La Dirección de Competencia deberá, en primer lugar, elaborar una nota que recoja los aspectos más importantes de la concentración, emplazando a terceros a presentar sus alegaciones en 10 días. A raíz de las alegaciones de los terceros, la Dirección de Competencia elaborará un «pliego de concreción de hechos» que se notificará, de nuevo, a los interesados para alegar en plazo de 10 días y, en su caso, para que se produzca una vista ante el Consejo por parte de las partes notificantes.

Finalmente, al igual que en la primera fase, la Dirección de Competencia elaborará una propuesta de resolución que entregará al Consejo para que éste resuelva el procedimiento:

- autorizando la concentración,
- subordinando su autorización al cumplimiento de determinados compromisos,
- prohibiendo la concentración, o

⁴² El artículo 44 de la LDC señala que ésto sucederá cuando «la operación notificada no sea una concentración sujeta al procedimiento de control por la CNMC previsto en la presente Ley», cuando «la concentración notificada sea remitida a la Comisión Europea» o cuando «las partes desistan en su solicitud de autorización o la CNMC tenga información fehaciente de que no tienen intención de realizarla».

- acordando el archivo de las actuaciones.

Como se puede ver, y en contraposición con la primera, en esta segunda fase no se puede remitir el asunto a la Comisión, puesto que la única razón de ser de esta segunda fase es, como se ha dicho, analizar más a fondo una operación que pueda potencialmente restringir la competencia.

La resolución deberá notificarse tanto a los interesados como al Ministro de Economía: es en este punto cuando entra en juego la posibilidad de «análisis político» de la misma. Así, la concentración no será automáticamente ejecutiva cuando haya sido prohibida o subordinada al cumplimiento de determinadas condiciones, ni tampoco pondrá fin a la vía administrativa.

Una vez notificada, en el caso de haber resuelto prohibirla o subordinarla al cumplimiento de determinados requisitos, el Ministro de Economía tendrá 15 días para decidir elevar al Consejo de Ministros la decisión sobre la concentración, iniciando de esta manera la tercera fase. En caso de que lo haga, como ya se ha explicado en el epígrafe dedicado a ello en el tercer apartado del tercer capítulo de este trabajo, el Consejo de Ministros podrá, de acuerdo con los criterios de valoración del artículo 10 de la LDC (siempre criterios de interés general distintos de la defensa de la competencia), confirmar la resolución del Consejo de la CNMC o autorizar la concentración. El plazo para que el Consejo de Ministros resuelva es de 1 mes⁴³.

⁴³ El artículo 36.4 de la LDC señala que «el plazo máximo para adoptar y notificar un Acuerdo del Consejo de Ministros en el procedimiento de control de concentraciones será de un mes, contado desde la resolución del Ministro de Economía de elevar la decisión al Consejo de Ministros». Por su parte, el artículo 60.4 LDC señala que si transcurren 18 meses sin que el Consejo de Ministros se pronuncie, se considerará la decisión del Consejo de la CNMC «eficaz, inmediatamente ejecutiva y pondrá fin a la vía administrativa».

COMISIÓN EUROPEA

Estructura y composición

La Comisión Europea se constituye a partir del Derecho Originario de la Unión como la autoridad de la competencia de la UE. Así, antes que ver las competencias de la CE en este ámbito, se hace necesario comprobar su composición y estructura. La Comisión, el Comisario de Competencia y, dentro de éste, la Dirección General de Competencia son los tres escalones a desarrollar.

En primer lugar, la CE es una institución independiente. Ésto quiere decir que el conjunto de comisarios no actúan en beneficio de sus países de origen o del gobierno del Estado que les haya propuesto, sino que ejercen sus responsabilidades con total independencia⁴⁴, algo que garantiza que el principal órgano ejecutivo de la Unión actúe de acuerdo a los intereses generales de la Unión.

Efectivamente, la CE tiene un mandato de 5 años⁴⁵ y el proceso de elección de sus miembros está tasado. El Parlamento Europeo elige por mayoría al Presidente de la CE, a propuesta del Consejo Europeo⁴⁶. Una vez elegido, será de nuevo el Consejo Europeo el que, por mayoría cualificada y de común acuerdo con el Presidente de la CE, proponga los nombres de los comisarios, incluido el Alto Representante de la Unión, que ejercerá como vicepresidente. Esta selección de candidatos -uno por país- deberá someterse de forma colegiada, junto al Presidente de la CE, a aprobación del Parlamento Europeo. No es hasta ese momento, cuando el Parlamento Europeo aprueba

⁴⁴ No en vano los comisarios han de ser elegidos «en razón de su competencia general y de su compromiso europeo, de entre personalidades que ofrezcan plenas garantías de independencia», según el segundo párrafo del artículo 17.3 del TUE.

⁴⁵ Artículo 17.3 del TUE.

⁴⁶ La propuesta del Consejo ha de verse apoyada por una mayoría cualificada que reúna al 55% de los Estados, siendo al menos 15, y que representen al 65% de la población. Si no se obtuviera esta mayoría, sería necesaria una segunda votación.

a la CE, que el Consejo Europeo puede, finalmente, nombrar a la Comisión por mayoría cualificada.

En segundo lugar, es el Presidente de la Comisión el que designa al Comisario de Competencia. El Presidente es el que determina qué competencias se le asignan a cada comisario, aunque teniendo en cuenta la importancia que tiene la Competencia en el seno de la Unión -en tanto en cuanto su control es uno de los poderes más importantes que ostenta la Comisión-, siempre habrá un Comisario que se encargue de todo lo relacionado con la Competencia.

En tercer lugar, bajo la dependencia del Comisario de Competencia se encuentra la Dirección General de Competencia, que es el órgano que se va a encargar de aplicar la normativa comunitaria en el ámbito de la competencia. Éste es uno de los puntos importantes: se trata de una DG ejecutiva, no meramente encargada de desarrollar propuestas legislativas. Ésto es, se erige en la práctica en el aplicador del Derecho Comunitario de la Competencia⁴⁷. Así, la DG tiene tres Directores Generales Adjuntos, uno de los cuales estará al cargo del control de concentraciones.

Funciones

Entre la amplia gama de competencias que ostenta la CE, las competencias de control son, a los efectos del presente trabajo, los más importantes. En efecto, la CE tiene como función principal la correcta aplicación de los tratados⁴⁸. Así, el TFUE va a contener dos preceptos muy importantes a este respecto.

⁴⁷ SEPÚLVEDA, J., «La autoridad europea de la competencia» en *Tratado de Derecho de la Competencia*, Tomo I, ed. Bosch, 2017, págs. 205 y 206.

⁴⁸ Así lo indica DE CASTRO, C.: «Por tanto, además del “motor”, es la “guardiana” del Derecho de la Unión y, para cumplir con esta función se le atribuyen facultades para investigar, perseguir y sancionar las infracciones cometidas tanto por otras instituciones, como por los Estados miembros o por los particulares», en «El Parlamento Europeo y la Comisión Europea», AUTORES VARIOS (dir. ESCOBAR, C.), *Instituciones de la Unión Europea*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 153.

Por un lado, el artículo 3.1.b del TFUE dispone la competencia en exclusiva que va a ostentar la Unión en lo que respecta al «el establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior». Dicho de otro modo: todas las eventuales restricciones de la competencia que ocurran a nivel europeo serán competencia exclusiva de la Unión, sin perjuicio de que las eventuales restricciones de la competencia en los Estados miembros sean reguladas y controladas por ellos.

Por otro lado, el artículo 105 del TFUE hace competente a la Comisión de velar «por la aplicación de los principios enunciados en los artículos 101 y 102». Así, a través de la DG de Competencia, la CE controla y aplica el Derecho de la Competencia comunitario. Tiene tres mecanismos para ejercer esta función: la aplicación de las normas previstas en los artículos 101 y 102 -las normativa antitrust-, el control de las ayudas públicas y el control de concentraciones económicas. Para este tercer ámbito, la CE se ha dotado del ya citado Reglamento 139/2004, sobre el control de concentraciones entre empresas, en el cual desarrolla el procedimiento a seguir cuando existan concentraciones subsumibles en el ámbito de aplicación del mismo.

Procedimiento de control de concentraciones

El procedimiento que se sigue en el seno de la Comisión para evaluar las concentraciones económicas se inicia con una notificación de las partes⁴⁹. Esta notificación ha de efectuarse antes de que se lleve a cabo la operación de fusión o de adquisición de control, exclusivo o conjunto, y, al igual que en el caso del procedimiento nacional llevado a cabo en la CNMC, el control de la operación se va a hacer con anterioridad a ésta, es decir, es un control *ex ante*. Además, siguiendo el paralelismo con la LDC, también podemos encontrar un procedimiento en dos fases que finalizará de modo parecido. En general, la normativa es muy similar desde el momento en que la LDC «bebe» de la norma comunitaria, salvo en lo relativo a la intervención del Consejo de Ministros, inexistente en el procedimiento comunitario.

⁴⁹ El procedimiento se regula íntegramente en el Reglamento 139/2004, sobre el control de concentraciones entre empresas.

Como decía, la notificación es obligada a partir del momento en que la operación de concentración entra en el ámbito de la aplicación de la norma⁵⁰ y se ha producido «el acuerdo, anunciado la oferta pública de adquisición o adquirido una participación de control». La obligación de notificar recae en las partes de la operación (la parte que adquiere control exclusivo, únicamente, o las dos partes que se fusionan o adquieren el control de una empresa, conjuntamente). Una vez notificada, y previamente al examen de la misma, la CE publicará la situación producida, es decir, «publicará el hecho de la notificación, indicando los nombres de las empresas afectadas, su país de origen, la naturaleza de la concentración y los sectores económicos afectados»⁵¹.

La primera fase propiamente dicha comienza con el análisis que realiza la CE a la notificación, tan pronto como la reciba. Tiene un plazo de 25 días laborales para resolver ampliable a 35, en caso de que algún Estado miembro lo solicite o alguna de las partes implicadas propongan compromisos de cara a facilitar el encaje de la operación con la normativa. Esta primera fase, por tanto, concluirá cuando la CE dicte una Decisión en virtud de la cual:

- declare que la operación no está incluida en el ámbito de aplicación de la norma,
- declare la operación compatible con el mercado común, o
- decida incoar el procedimiento al plantear serias dudas sobre la compatibilidad de la operación con el mercado común.

En el caso de declararla compatible podrá decidir imponer determinadas obligaciones o condiciones de tal manera que en el caso de no cumplirlas, podría revocar su decisión y prohibir la misma, sin importar los plazos. También quedará la operación suspendida hasta que la resolución se notifique, salvo que la CE permita que se lleve a cabo ateniéndose a los efectos negativos que la suspensión de la concentración pudieran causar, tanto al mercado de referencia como a las empresas afectadas.

⁵⁰ Ver el epígrafe relativo a las «concentraciones económicas de dimensión comunitaria» del presente trabajo.

⁵¹ Artículo 4.3 del Reglamento comunitario de concentraciones.

De esta manera, la segunda fase del procedimiento comienza cuando la CE decide incoar procedimiento para investigar más detalladamente la concentración. Tras dictar la decisión la Comisión debe resolver el procedimiento «en cuanto se aprecie que las serias dudas (...) han sido disipadas», o dicho de otro modo, la CE debe resolver el procedimiento con la mayor celeridad posible, finalizándolo en cuanto las dudas que han provocado la incoación del procedimiento -las posibles consecuencias negativas para la competencia- hayan desaparecido. Sin embargo, en los siguientes párrafos se impone un límite máximo para resolver de 90 días laborables. Al igual que en el caso anterior, este plazo puede ampliarse a 105 días laborables cuando las empresas partes en la concentración hubieran propuesto, a partir de los 55 días primeros desde la incoación, medidas destinadas a favorecer la compatibilidad de la operación con la normativa. La CE puede, entonces, resolver:

- declarar la concentración compatible con el mercado común,
- declararla compatible subrogando el permiso para llevarla a cabo al cumplimiento de determinadas condiciones, o
- declarar la concentración incompatible con el mercado común.

Así, la segunda fase termina cuando la CE notifica a las partes y a los Estados miembros el contenido de la resolución.

RELACIÓN ENTRE LA COMISIÓN EUROPEA Y LA CNMC: LA REMISIÓN

El convivir paralelo de las normas de control, nacional y europea, hace, irremediablemente, que muchas veces los parámetros que van a asignar una operación de concentración a una autoridad de la competencia lleven al control de una concentración por parte de una autoridad de la competencia inadecuada⁵².

⁵² FERNÁNDEZ, C. y VILA, C., «Procedimientos administrativos en materia de control de concentraciones económicas», en https://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/procedimientos_administrativos_en_materia_de_control_de_concentraciones_economicas._procedimientos_administrativos_y_judiciales_de_la_union_europea._268.pdf, (web visitada en marzo de 2019).

Esta «inadecuación» ha de ser entendida en el marco del principio de subsidiariedad⁵³ que rige en el ordenamiento de la UE. Así, desde el Reglamento comunitario de concentraciones se prevé la posibilidad de remitir el asunto desde la CE a las autoridades nacionales de la competencia, o viceversa, antes de la notificación o después.

En primer lugar, el Reglamento comunitario de concentraciones prevé en su artículo 4.4 que las partes puedan solicitar a la CE la remisión de un procedimiento de control a la autoridad de la competencia de un Estado miembro concreto, la CNMC, por ejemplo. De esta manera, para que la CE remitiera el procedimiento a la CNMC tendría que informarse a la CE, mediante un escrito motivado de las partes, que la concentración podría afectar de forma significativa a la competencia en un Estado miembro -España, en este caso-, el cual presenta todas las características de un mercado definido. El procedimiento a seguir por parte de la CE al recibir el escrito sería remitir el mismo a todas las autoridades de la competencia de la UE, debiendo el Estado miembro donde se ha solicitado remitir el procedimiento pronunciarse -España-, a favor o en contra del escrito, en un plazo de 15 días laborables, a contar desde la recepción del escrito. A no ser que el Estado miembro en cuestión se niegue, la Comisión tendrá 25 días laborables, a contar desde la recepción del escrito motivado, para resolver y notificar.

En segundo lugar, también puede ocurrir que se vaya a producir una concentración que no entra en los umbrales de dimensión comunitarios, pero sí lo hace en, al menos, las normativas nacionales de tres Estados miembros. En este caso, también de manera previa a la notificación en cada país, las partes obligadas a notificar pueden redactar un escrito motivado en el que se informe a la CE del interés para la competencia de que el control lo lleve a cabo la CE.

⁵³ En una *ficha técnica* del Parlamento Europeo, se dice: «Excluye la intervención de la Unión en aquellos casos en que los Estados miembros estén en condiciones de regular una materia de forma eficaz a escala nacional, regional o local y legitima la intervención de la Unión cuando los Estados miembros no puedan alcanzar de manera suficiente los objetivos de una acción pretendida y cuando la acción a escala de la Unión pueda aportar un valor añadido», en http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_1.2.2.pdf. (web visitada en marzo de 2019).

El procedimiento indica, al igual que en el caso anterior, que la Comisión ha de enviar a todos los Estados miembros el escrito que ha recibido, pudiendo aquéllos en los que se desarrollaría el procedimiento manifestar, en el plazo de 15 días laborables, su desacuerdo. En este punto pueden ocurrir dos cosas: bien que alguno de los Estados miembros (competentes, en principio, para examinar la concentración) se niegue -en cuyo caso no se remitirá la concentración-, o bien que ninguno manifieste su desacuerdo -en cuyo caso se considerará a la concentración como «comunitaria» y pasará a analizarla la CE-.

Esta posibilidad de que la CE controle operaciones de concentración que en un principio no iban a verse sometidas a su control es lo que se denomina «ventanilla única»; es decir, se otorga a las partes la capacidad de solicitar en un único lugar (la CE) su control, no teniendo que acudir a varios países por el mismo asunto.

En tercer lugar, ya después de haber sido notificado, cualquier Estado miembro -o un conjunto de ellos-, puede solicitar a la CE que examine una operación de concentración que, en principio, no tiene dimensión comunitaria. Así lo indica el artículo 22 del Reglamento comunitario de concentraciones, señalando que aquellas concentraciones que, aun no teniendo dimensión comunitaria, puedan afectar al comercio entre Estados miembros o de forma significativa a la competencia del Estado que presenta la solicitud pueden ser examinadas por la CE en determinados supuestos.

De esta manera, los Estados miembros pueden solicitar a la Comisión, en un plazo de 15 días desde que se les notifica la operación, que examine la concentración, debiendo ésta notificar tal solicitud a todas las autoridades de la competencia de todos los Estados miembros. Una vez notificados los Estados, éstos tienen 15 días hábiles para sumarse a la solicitud, o no. Trascurrido este plazo, la CE tiene 10 días laborables para decidir si acepta examinar la concentración o no. En este punto es necesario indicar que la Comisión, en caso de aceptar examinarla, solamente podrá examinar las consecuencias que la concentración conllevará en el mercado de aquellos países que se hayan sumado a la solicitud. Este procedimiento permite que Estados miembros que en un principio no eran competentes para analizar una concentración, ahora puedan analizarla a través de la Comisión.

Finalmente, también puede producirse la remisión de un asunto desde la Comisión a la autoridad competente de un Estado miembro, una vez producida la notificación. Son dos supuestos en los que el Estado miembro puede solicitar la remisión:

- cuando la concentración notificada amenace con afectar de forma significativa un mercado definido dentro del Estado miembro que solicita la remisión, o
- cuando la concentración notificada afecte a la competencia en un mercado definido del Estado miembro, sin constituir una parte sustancial del mercado común.

El Estado miembro deberá solicitar la remisión cuando entienda que se produce uno de los dos supuestos citados en el plazo de 15 días laborables, a contar desde que el Estado recibe la copia de la notificación hecha ante la CE.

En el primer caso, la CE puede entender, tras la solicitud, que existe o que no existe tal amenaza a la competencia y que existe, o no existe, el mercado definido alegado. Si considera que uno de éstos existe, tendrá un pequeño margen de discrecionalidad⁵⁴ para bien no remitir el asunto -y continuar ella misma el procedimiento en los términos del Reglamento-, bien remitir el asunto, total o parcialmente, al Estado miembro solicitante. Si considera que no existen ninguna de estas dos características, la Comisión no remitirá el asunto. En el segundo caso, por su parte, si la CE entiende que la concentración afecta a la competencia, procederá a remitir el asunto, total o parcialmente. En este caso, a diferencia del anterior, no dispone de ese margen de decisión para remitir o no la operación.

Para resolver en cualquier sentido, la CE dispone de 35 días hábiles, a contar desde la notificación, o 65 días laborables, entendido como plazo máximo, a contar desde la notificación, siempre y cuando la Comisión haya incoado el procedimiento.

⁵⁴ FERNÁNDEZ, C. y VILA, C., «Procedimientos administrativos en materia de control de concentraciones económicas», en https://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/procedimientos_administrativos_en_materia_de_control_de_concentraciones_economicas._procedimientos_administrativos_y_judiciales_de_la_union_europea._268.pdf, (*web* visitada en marzo de 2019).

CONTROL JUDICIAL DE LAS DECISIONES DE LOS ÓRGANOS DE CONTROL

Los procedimientos que se llevan a cabo en un órgano de la administración pública, ya sea la nacional o la comunitaria, van a terminar con una resolución que va a ser susceptible de recurso, siempre. El procedimiento de control de concentraciones no es una excepción a esta norma general.

CNMC y Audiencia Nacional

Así, la LDC recoge en sus artículos 47 y 48 el procedimiento a seguir para recurrir las decisiones de la CNMC. Por un lado, señala el artículo 47 que todas las decisiones y actos administrativos que dicte la Dirección de Competencia de la CNMC serán recurribles en el plazo de 10 días ante el Consejo, a través del correspondiente recurso administrativo, dado que no agotan la vía administrativa. Por otro lado, el artículo 48 señala que el recurso indicado para los actos y resoluciones del Consejo y del Presidente de la CNMC, que sí agotan la vía administrativa, será el contencioso-administrativo, previsto en la Ley 29/1998, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 13 de julio. Será la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional la competente para conocer de estos recursos.⁵⁵

Comisión Europea y Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)

De igual manera que en el caso nacional, las decisiones que adopte la Comisión están sometidas al control jurisdiccional de los tribunales. Más concretamente, el TFUE en su artículo 263.1 prevé que el TJUE será el responsable de controlar judicialmente la legalidad de las disposiciones de la CE que tengan efectos jurídicos para terceros. Respecto al ámbito del control de concentraciones, el mismo Reglamento comunitario de concentraciones señala en el artículo 21.2 que el TJUE será competente para controlar la legalidad de los actos dictados en este ámbito.

⁵⁵ Disposición adicional séptima, apartado tercero, LDC: «Las resoluciones y actos del Presidente y del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, directamente, en única instancia, ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional».

PROCEDIMIENTOS NOTABLES

De cara a una mejor comprensión de la norma y de cómo se pone ésta en práctica van a analizarse, a continuación, un procedimiento seguido ante la CNMC y otro ante la CE. En ambos podremos ver cómo se desarrolló el procedimiento, desde la notificación hasta las comunicaciones entre la CNMC y la CE, pasando por el procedimiento de remisión en el caso de «ANTENA 3 & LA SEXTA», siempre haciendo hincapié en las similitudes y las diferencias entre ambos procedimientos.

CONCENTRACIÓN ESPAÑOLA: «ANTENA 3 & LA SEXTA»

Antes de comenzar a analizarla hay que tener en cuenta que todo el proceso tuvo lugar antes de la entrada en funcionamiento de la CNMC, por lo que todo lo explicado en el presente trabajo sobre la CNMC y su Dirección de Competencia varía. Así, en la concentración de ANTENA 3 y LA SEXTA todos los procedimientos se llevan a cabo ante la anterior autoridad nacional de la competencia, la CNC (Comisión Nacional de la Competencia) y su Dirección de Investigación -antecesoras de la CNMC y de la Dirección de Competencia, respectivamente-.

El procedimiento de concentración comienza el 14 de diciembre de 2011, fecha en que ANTENA 3 (A3, en adelante), LA SEXTA y los accionistas de ésta firman un «Acuerdo de Integración» a través del cual se acuerda la adquisición de control exclusivo de LA SEXTA por parte de A3. En ese mismo documento se acuerda que la adquisición de control exclusivo se va a realizar mediante la compra del 100% del capital social de LA SEXTA, recibiendo tanto ésta como sus accionistas una determinada cuota del capital social de A3⁵⁶. Por tanto, se trataría de una concentración de fusión por absorción.

⁵⁶ En el informe desarrollado por la Dirección de Investigación de la CNC (antecesora inmediata de la Dirección de Competencia de la CNMC): «Como contraprestación, los accionistas de LA SEXTA recibirán una participación en el capital social de ANTENA 3 de un 7% y dispondrán de la opción de obtener un 7% adicional, condicionado a la consecución de unos objetivos hasta 2016.», en el apartado (17) https://www.cnmc.es/sites/default/files/146602_8.pdf. (web consultada en marzo de 2019).

Tras la firma del acuerdo, A3 notifica el 30 de diciembre de 2011 a la CNC la operación de concentración que se va a llevar a cabo. Posteriormente, el día 2 de enero de 2012 la CNC requiere a A3 para subsanar el formulario de la notificación y, el día 4 de enero, para que aporte más información; ambos requerimientos de acuerdo con los artículos 37.2.b y 55.4 de la LDC. Una vez aportado por A3 lo requerido, la CNC llega a la conclusión de que la operación tiene «dimensión comunitaria», por lo que la Dirección de Investigación remite un escrito a la CE solicitando que ésta determine si, efectivamente, la operación tiene «dimensión comunitaria», a lo que la CE confirma el 5 de marzo de 2012 que la concentración entra en el ámbito de aplicación del Reglamento comunitario de concentraciones.

A raíz de esto se producen 2 situaciones interesantes. Por un lado, el 7 de marzo de 2012 el Consejo de la CNC decide archivar las actuaciones al entender que no es competente, de acuerdo con el artículo 57.2.e LDC. Por otro lado, el 2 de marzo de 2012, ésto es, antes de que la CE se pronuncie el día 5 y de que la CNC archive el día 7, A3 solicita a la CE, mediante escrito motivado, la remisión del procedimiento a la CNC, a la luz de lo indicado en el artículo 4.4 del Reglamento (una parte de la operación solicita a la CE que remita a la autoridad de la competencia de un determinado Estado miembro las actuaciones al entender que puede afectar de manera significativa a la competencia en ese Estado). Ese escrito motivado, de acuerdo con el artículo 4.4 del Reglamento, se notifica a la CNC el 8 de marzo.

La CNC se posiciona a favor de la remisión el 9 de marzo, tras lo cual la CE acuerda remitir la operación a la CNC el día 14. Finalmente, para concluir con los antecedentes, el día 15 de marzo, A3 decide notificar a la CNC la operación de concentración, abriéndose el expediente C/0432/12 ANTENA 3/LA SEXTA. Por lo tanto, hay que entender que la notificación del procedimiento se produce el 15 de marzo de cara al cómputo de plazos en primera fase y, de este modo, teniendo en cuenta que esta primera fase se inicia el 15 de marzo, la fecha límite para resolver la primer fase es el 16 de abril⁵⁷.

⁵⁷ En el apartado (15) del informe desarrollado por la Dirección de Investigación de la CNC, https://www.cnmc.es/sites/default/files/146602_8.pdf. (web consultada en marzo de 2019).

Antes de ver cómo se resuelve en primera fase, ¿se levantó la suspensión de ejecución? En este caso, la Dirección de Investigación entendió que el notificante no demostró en su solicitud que el hecho de suspender la ejecución causaría «perjuicios irreparables e inmediatos a las partes»⁵⁸, por lo que recomendó al Consejo no levantar la suspensión al entender que prevalecía el interés público en mantener la libre competencia. Así lo haría el consejo en su resolución de la primera fase.

El día 21 de marzo, apenas 6 días después de ser notificada la operación, el Consejo de la CNC acuerda iniciar la segunda fase del procedimiento alegando que «la operación puede obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados analizados»⁵⁹. Así, el Consejo, de acuerdo con el artículo 57.2.c de la LDC, decide analizar en profundidad la concentración en la segunda fase por ser muy plausible la afectación de esta concentración a los mercados de referencia, entre los que se encuentran el mercado de televisión en abierto, el mercado de publicidad en televisión o el mercado de comercialización de contenidos, entre otros.

Una vez abierta la segunda fase, tras notificar a los interesados la resolución del 21 de marzo y permitir a terceros interesados personarse en el expediente, A3 decide -tras leer el «pliego de concreción de hechos»⁶⁰ y formular las correspondientes alegaciones al mismo- presentar ante la Comisión una propuesta de compromisos tendentes a subsanar el posible impacto sobre la competencia en los mercados relevantes el día 24 de mayo. No sólo entiende la CNC que estos compromisos son insuficientes, sino que las dos siguientes propuestas de A3 tampoco se consideran adecuadas. Posteriormente, teniendo en cuenta que la oferta de compromisos por parte de A3 no es satisfactoria y que la concentración es potencialmente dañina para la competencia -una vez analizados

⁵⁸ En el apartado (24) del informe desarrollado por la Dirección de Investigación de la CNC, https://www.cnmc.es/sites/default/files/146602_8.pdf. (web consultada en marzo de 2019).

⁵⁹ En el tercer apartado del acuerdo del Consejo de la CNC, por el que resuelve la primera fase, https://www.cnmc.es/sites/default/files/146731_8.pdf. (web consultada en marzo de 2019).

⁶⁰ La LDC señala en el artículo 58.2 que «Los posibles obstáculos para la competencia derivados de la concentración se recogerán en un pliego de concreción de hechos».

los posibles efectos de ésta-, la Dirección de Investigación propone al Consejo en su informe subordinar la autorización de la concentración al cumplimiento de cinco requisitos⁶¹:

- Sobre la publicidad televisiva: se busca controlar el poder de mercado del operador resultante de la fusión a través de, por ejemplo, obligar a mantener dos comercializadores de publicidad independientes para gestionar la misma, intentando asegurar un mínimo de competencia entre ambos. Asimismo, se imponen condiciones a la entidad resultante de la fusión tendentes a garantizar la libertad de los anunciantes a la hora de contratar con los distintos canales dentro del grupo.
- Sobre la televisión en abierto: con el objetivo de que la entidad resultante no incremente su poder de mercado entre los operadores de televisión digital terrestre (TDT, en adelante), se le impone la prohibición de abrir más canales en abierto a través de licencias o arrendamientos, además de impedirle bloquear las mejoras de calidad de aquellos canales con los que comparte múltiple de TDT.
- Sobre la adquisición de contenidos audiovisuales: a través de una serie de imposiciones, como, por ejemplo, limitar en el tiempo los contratos de adquisición exclusiva de contenidos audiovisuales, se busca que la entidad «permita la salida periódica al mercado de los contenidos audiovisuales que haya adquirido o pueda adquirir».
- Sobre las obligaciones de presentación periódica de información: se fuerza a la entidad a informar periódicamente, en los términos que se indican en el informe, sobre su actuación en los mercados en los que actúa y pueda producir un perjuicio para la competencia efectiva. De esta manera se persigue controlar de manera eficaz la implementación de las condiciones impuestas.

⁶¹ Expuestas y detalladas entre las páginas 134 y 142 del informe de propuesta de resolución de la Dirección de investigación, https://www.cnmc.es/sites/default/files/200992_8.pdf . (web consultada en marzo de 2019).

- Sobre el plazo de vigencia de las condiciones: se establece un plazo de cinco años desde que la resolución sea firme.

El Consejo de la CNC decide seguir la propuesta de la Dirección de investigación y acuerda resolver el expediente el día 13 de julio de 2012 subordinando la autorización de la operación de fusión de A3 y LA SEXTA al cumplimiento de las citadas condiciones. Tal resolución se notifica, siguiendo el artículo 58.5 de la LDC, tanto a los interesados como al Ministro de Economía el mismo día 13. Es en este punto en el que esta concentración marca «un antes y un después» en el proceso de control de concentraciones en España al ser la primera vez que el Consejo de Ministros va a intervenir en el procedimiento. Efectivamente, tras dictar una Orden el Ministro de Economía el día 30 de julio de 2012, por la que elevaba el asunto al Consejo de Ministros, se utilizó por primera vez esta facultad otorgada al Gobierno por la LDC.

De cara a poder resolver de una manera sencilla y estructurada la intervención del Gobierno se va a intentar responder a tres preguntas: ¿en qué ha consistido la intervención del Gobierno respecto a la resolución de la CNC?, ¿qué argumentos de interés general alega? y ¿qué impacto ha generado?

Respecto a la primera pregunta, el Consejo de Ministros dictó el acuerdo el día 27 de agosto de 2012, mediante el cual autorizaba la operación subordinando la misma al cumplimiento de una serie de condiciones. La importante diferencia entre las condiciones impuestas por la CNC y por el Consejo de Ministros reside en que estas últimas son más asumibles para las partes, o dicho de otra manera: el Gobierno suaviza las condiciones impuestas por la CNC. En efecto, para comprender el porqué de esta resolución hay que tener en mente que, como se ha explicado con anterioridad, la CNMC (CNC en este caso) sólo resuelve sus expedientes de acuerdo con la defensa de la competencia, intentando evitar que la competencia en un determinado mercado se vea dañada, mientras que el Gobierno se atiene a criterios de interés general, no técnicos (de defensa de la competencia, se entiende). Es por ésto que la CNC puso todas las condiciones que entendió necesarias para que, sin dañar la libertad de empresa, se pudiera llevar a cabo la operación de concentración y no se restringiera la competencia.

Ante estas condiciones, más arriba detalladas, A3 presentó el día 17 de julio ante la CNMV⁶² un escrito en el que exterioriza su pesar por las condiciones impuestas por la CNC, llegando hasta tal punto su oposición a las mismas que entendió que, de exigirse finalmente éstas, no sería viable la operación en términos de competitividad en el mercado audiovisual. Consecuentemente, el Gobierno decidió modificar algunas de las condiciones impuestas en el sentido que, a continuación, se detallará.

Así, el Gobierno modifica dos de las cinco condiciones impuestas por la CNC, la primera -sobre publicidad televisiva- y la quinta -sobre la vigencia de las condiciones-. Reduce la vigencia de las condiciones de cinco a tres años, haciendo posible una ampliación de las mismas por dos años cuando así lo requiera una nueva normativa reguladora sectorial o exista un cambio en la estructura del mercado (que sea relevante a efectos del Derecho de la Competencia). Por su parte, a la condición sobre la publicidad televisiva le aplica un cambio drástico a las condiciones de la CNC. En efecto, el Consejo de Ministros anula más de ocho obligaciones impuestas, entre las que se puede destacar, por ejemplo, la obligación de tener dos empresas diferentes que comercialicen la publicidad en cada grupo, y modifica otras tres condiciones, suavizando de manera notoria los requisitos para poder llevar a cabo la concentración.

La respuesta a la segunda pregunta se encuentra en el Acuerdo del Consejo de Ministros y se basa principalmente en dos argumentos: el pluralismo informativo y la innovación tecnológica. Estos dos argumentos que utiliza para justificar su autorización condicionada a la operación están directamente relacionados con los apartados e) y f) del artículo 10.4 de la LDC⁶³, siendo éstos los criterios de valoración que utiliza el Gobierno en su Acuerdo para adaptarlo al marco legal, éste es, para adoptar su decisión de acuerdo con las facultades que le otorga el artículo 10.4 de la LDC.

⁶² Punto tercero de la exposición de motivos del acuerdo del Gobierno, en https://www.cnmc.es/sites/default/files/211819_8.pdf. (web consultada en marzo de 2019).

⁶³ El artículo 10 recoge, de manera no exhaustiva, los criterios de valoración que puede seguir el Consejo de Ministros cuando valore las concentraciones atendiendo a criterios de interés general, entre los que destacamos el apartado e): «promoción de la investigación y el desarrollo tecnológicos»; y el apartado f): «garantía de un adecuado mantenimiento de los objetivos de la regulación sectorial».

El Consejo de Ministros argumenta, en lo relativo al interés general existente en el ámbito tecnológico, que la fusión ha de llegar a buen puerto para una óptima implementación del «Plan General de liberalización del dividendo digital». El citado plan promovía la liberalización de una determinada franja en la banda de frecuencias -el «dividendo digital»- con fecha anterior al 1 de enero de 2015, de tal manera que el espacio que dejaba libre y que venía siendo utilizado por todos los canales de televisión -donde antes se emitía un sólo programa analógico, en adelante podrían emitirse varios digitales- pasara a ser utilizado por las compañías de telefonía móvil. De esta manera se introduciría el 4G en España y el mercado español sería más competitivo.

En esta senda argumentativa, el Consejo de Ministros señala que para conseguir en fecha el dividendo digital «un escenario con la presencia de operadores de mayor tamaño resulta especialmente favorable»⁶⁴ en la medida en que «los operadores de mayor tamaño están en mejor disposición de introducir innovaciones tecnológicas en una parte de los canales que vienen explotando». Finalmente, el Consejo de Ministros, para concluir con su argumentación en lo relativo al interés general existente en este apartado, señala que va a autorizar la operación, modificando las condiciones de la CNC, en la medida en que las condiciones impuestas por el Consejo de la CNC «inciden negativamente en el sector».

Por su parte, el segundo argumento del Consejo de Ministros es esgrimido en el segundo punto del Acuerdo, relativo al pluralismo informativo. El pluralismo informativo es parte esencial, también, de la regulación sectorial desde que la Directiva 2010/13/UE, del Parlamento y del Consejo, introdujo la regulación comunitaria sobre la comunicación audiovisual⁶⁵. Esta Directiva fue introducida en el Ordenamiento español

⁶⁴ En el último párrafo de la página 14 del Acuerdo del Consejo de Ministros, de 27 de agosto de 2012, en https://www.cnmc.es/sites/default/files/211819_8.pdf. (*web* visitada en marzo de 2019).

⁶⁵ El Considerando (12) de la Directiva recuerda que «el 15 de diciembre de 2003 la Comisión aprobó una Comunicación sobre el futuro de la política reguladora europea en el sector audiovisual, en la que se subraya que la política de regulación del sector debe proteger, tanto ahora como en el futuro, determinados intereses públicos, como la diversidad cultural, el derecho a la información, el pluralismo de los medios de comunicación».

a través de la Ley 7/2010, General de la Comunicación Audiovisual⁶⁶. De ambas normas se desprende que, y en palabras del Acuerdo, el pluralismo informativo consiste en «la concurrencia de una pluralidad de instrumentos de comunicación potencialmente contrapuestos y no homogeneizados, así como la concurrencia libre de ideas y corrientes de opinión que diferencia a unos concesionarios de otros»⁶⁷. ¿Y por qué es bueno para la pluralidad informativa que se lleve a cabo la operación de fusión?

Pues bien, en palabras del Consejo de Ministros: «la consolidación de operadores constituye un elemento relevante de cara a la supervivencia de una oferta de contenidos televisivos con un elevado valor para el mantenimiento del pluralismo informativo», de tal manera que la fusión entre A3 y LA SEXTA «permitiría reforzar la viabilidad financiera en el medio y largo plazo de la oferta de ambos operadores, a través de las sinergias que se podrían derivar de la operación. La operación debería, en consecuencia, facilitar la sostenibilidad del modelo televisivo en el medio plazo»⁶⁸. Dicho de otro modo, la fusión garantiza dos objetivos, según el Gobierno: en primer lugar, se garantiza la construcción de un grupo audiovisual fuerte y sostenible en el medio-largo plazo y, en segundo lugar, se mantiene la diversidad informativa en la medida en que los canales principales de ambos grupos van a continuar con su propia línea editorial. Al ser ésto acorde con el artículo 10.4.f de la LDC, como decíamos antes, va a estar justificada, según el Consejo de Ministros, la autorización de la operación

Por lo tanto, una vez respondidas las dos primeras preguntas, queda saber qué impacto ha tenido la autorización de la operación en el mercado. En este punto solamente se va a hacer mención a la reacción que provocó en la Asociación Española de Anunciantes (AEA, en adelante).

⁶⁶ El artículo 4 de la Ley: «Todas las personas tienen el derecho a que la comunicación audiovisual se preste a través de una pluralidad de medios, tanto públicos, comerciales como comunitarios que reflejen el pluralismo ideológico, político y cultural de la sociedad».

⁶⁷ En el primer párrafo del segundo apartado del Acuerdo del Consejo de Ministros, página 16, en https://www.cnmc.es/sites/default/files/211819_8.pdf. (web visitada en abril de 2019).

⁶⁸ Página 19 del Acuerdo del Consejo de Ministros, en https://www.cnmc.es/sites/default/files/211819_8.pdf. (web visitada en abril de 2019).

La AEA había planteado con anterioridad al procedimiento, en 2011, su oposición al mismo al entender que permitir la fusión de estos dos grupos conllevaría *de facto* la existencia de un duopolio en el mercado español, siendo parte tanto la entidad resultante de la fusión como Mediaset. De hecho, el argumento principal se centraba en señalar que al abrirse la posibilidad de que se fusionaran A3 y LA SEXTA, se estaba permitiendo que el 85,6% de la inversión publicitaria recayera en ellos⁶⁹.

Como consecuencia de esto, la AEA decidió personarse en el procedimiento, llegando a conseguir que la CNC incluyera en su resolución la gran mayoría de los requisitos solicitados por ésta. Con la apertura de la tercera fase la AEA mostró su disconformidad, por lo que cuando el Consejo de Ministros resolvió aprobar la concentración rebajando los requisitos, la respuesta de la AEA fue interponer un recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo, en el cual se solicitaba, como medidas cautelares, el restablecimiento de las condiciones impuestas por la CNC. El procedimiento quedó finalmente en nada dado que Atresmedia (la entidad resultante de la fusión) envió a la AEA un conjunto de propuestas tendentes a su desistimiento en el procedimiento ante el TS. Al final, la AEA desistió de sus pretensiones el día 22 de enero de 2013, día en que firmó un acuerdo transaccional con el grupo Atresmedia ante notario.

Como pequeño avance antes de las conclusiones, es imprescindible mencionar dos aspectos de la intervención del Gobierno en esta fusión. En primer lugar, era la primera vez que el Consejo de Ministros hacía uso de esta facultad, lo cual ha derivado en multitud de comentarios de expertos en la materia al respecto, especialmente en la conveniencia o no de su existencia⁷⁰. En segundo lugar, se ha dado la situación de que una operación de dimensión comunitaria acabe siendo controlada por el Gobierno de un Estado miembro, lo cual no deja de suscitar polémica en tanto en cuanto la mera

⁶⁹ DÍAZ-GONZÁLEZ, M.J., y QUINTAS FROUFE, N. en *La absorción de La Sexta por Antena 3 de Televisión y sus efectos en el pluralismo externo del sistema televisivo español*, en OBSERVATORIO (online), nº4, vol.7, 2013, pág. 12.

⁷⁰ BERENGUER, L., en el artículo «Por sus obras los conoceréis», 13 de septiembre de 2012, en https://elpais.com/elpais/2012/09/12/opinion/1347449014_407002.html. (web visitada en abril de 2019).

dimensión de la concentración implica que la operación va a tener impacto en una parte importante de la Unión, incluso no dejando de estar subordinada la aprobación a criterios «no técnicos» de un Gobierno determinado. En los dos aspectos destacados se pone en tela de juicio tanto la facultad del Gobierno de controlar determinadas operaciones de control y, sobre todo, si debe existir una cierta limitación a su uso. La respuesta se encuentra en las conclusiones.

CONCENTRACIÓN COMUNITARIA: «SIEMENS & ALSTOM»

El procedimiento de control comienza el día 8 de junio de 2018 con la notificación a la CE del proyecto de fusión entre Siemens Aktiengesellschaft (Siemens, en adelante) y Alstom S.A. (Alstom, en adelante). Siemens, una empresa alemana, iba a adquirir mediante acciones el control de la totalidad de Alstom, empresa francesa, tratándose, por tanto, de una fusión por absorción. La CE inició entonces el examen previo de la notificación, invitando a los interesados a comunicar las observaciones sobre la operación y abriendo formalmente el expediente «M.8677 – Siemens/Alstom»⁷¹.

El 13 de julio de 2018, la CE emitió un comunicado de prensa⁷² en el que anunciaba que, siguiendo el artículo 6.1.c del Reglamento comunitario de concentraciones, procedía a incoar el procedimiento para poder investigar más a fondo la operación. Las razones alegadas por la CE fueron, en palabras de la Comisaria de Competencia, la Sra. Margrethe Vestager: «La CE examinará si el proyecto de adquisición de Alstom por parte de Siemens privará a los operadores ferroviarios europeos de la elección de proveedores y de productos de innovación y si conducirá a un incremento en los precios que pudiera, a fin de cuentas, perjudicar a los millones de europeos que utilizan diariamente el transporte ferroviario (...)». Más allá de la explicación «política», el comunicado de prensa en el que se comunica la decisión de la CE de incoar el procedimiento resalta varios asuntos importantes, entre los que se destacan dos: los mercados relevantes y los problemas potenciales de competencia.

⁷¹ El 15 de junio publica la Comisión en el Diario Oficial de la Unión Europea la recepción de la notificación, en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4527_fr.htm. (web visitada en abril de 2019).

⁷² http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4527_fr.htm. (web visitada en abril de 2019).

Son dos los mercados relevantes a efectos del análisis de la operación: el de los trenes y el de la señalización, en los que ambas empresas ejercen en tanto que fabricantes y proveedores. El mercado de los trenes abarca la alta velocidad, los trenes interurbanos y los urbanos (metros y tranvías). Por su parte, el mercado de señalización incluye los sistemas de seguridad de señalización ferroviaria, tanto urbanos como interurbanos. Siemens es una empresa industrial que opera en muchos sectores, siendo uno muy importante el de la fabricación y distribución de trenes y mecanismos de señalización mientras que Alstom, por su parte, ejerce exclusivamente su actividad en estos dos mercados.

Tanto es así que la CE afirma que, de llevarse a cabo la operación, se unirían en una misma entidad los dos competidores más potentes en ambos mercados, en el seno del Espacio Económico Europeo (EEE), llegando a ser «líder indiscutible» en Europa y en el mundo⁷³ -excluyendo a China, Japón y Corea, que establecen trabas a la importación en estos mercados-. A consecuencia de esto, la CE entiende que puede haber problemas de competencia tales como el incremento en los precios, la disminución de la posibilidad de elección para los ciudadanos o una menor innovación. Ésto sería consecuencia directa de la falta de presión ejercida por competidores. Además, la CE llega a señalar que la falta de competidores sería segura dado que «parece poco probable que nuevos competidores, en particular proveedores chinos, hagan su entrada en los citados mercados relevantes».

Para resolver el procedimiento incoado, esa «segunda fase», disponía de 90 días desde la notificación a los interesados de la incoación del mismo. Sin embargo, amparándose en el artículo 10 del Reglamento comunitario de concentraciones⁷⁴, este

⁷³ La CE llega a decir en su Decisión de 13 de julio, por la que incoa el procedimiento, que «en estos dos mercados geográficos (EEE y mundial), la entidad nacida de la concentración sería la líder indiscutible del mercado, con una cuota de mercado 3 veces más elevada que la de su competidor más próximo», en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4527_fr.htm. (web visitada en abril de 2019).

⁷⁴ Según diversos apartados del artículo 10, los plazos del procedimiento pueden bien alargarse o bien suspenderse en determinados supuestos concretos, como se ha explicado en el cuarto capítulo del trabajo.

plazo se ha ampliado notablemente hasta el 6 de febrero de 2019, día en que la CE comunica que prohíbe la fusión.

En efecto, el día 6 de febrero de 2019 la CE emite un comunicado de prensa mediante el que comunica su decisión de prohibir la fusión al entender que ésta «habría vulnerado la competencia en los mercados de los sistemas de señalización ferroviaria y de trenes a gran velocidad»⁷⁵. La CE fundamenta su decisión en el apartado tercero del artículo 8 del Reglamento: prohíbe la fusión por ser incompatible con el mercado común.

Analizando más concretamente la Decisión de la CE respecto de cada uno de los mercados afectados hay varios elementos a destacar. En el mercado de los sistemas de señalización, la CE entiende que la operación habría creado al líder indiscutible tanto en los mercados de las grandes líneas, incluyendo los sistemas de protección automática de los trenes en elEEE -ambos, los sistemas a bordo del tren y sobre las vías- y los sistemas de activación autónomos en muchos Estados miembros, como en el mercado de las líneas urbanas (metro, sobre todo). Respecto al otro mercado relevante, el de la producción y distribución de trenes a gran velocidad, se habría creado una entidad líder en el mercado de los proveedores de trenes, tanto en el conjunto del EEE como en el resto del mundo (excluyendo, como se ha dicho antes, China, Japón y Corea). Sobre este mercado concreto, la CE señala que ninguna de las partes involucradas en la fusión ha aportado ningún argumento que apoye «en qué habría generado la operación ganancias de eficacia por la mera concentración».

Sin embargo, la CE no señala en ese único punto la falta de aportaciones hechas por las partes de cara a la aprobación de la fusión: en más de tres ocasiones remarca la falta de compromisos adoptados por las partes. Además, la Comisión quiere destacar que también prohíbe la fusión porque durante la segunda fase ha recibido numerosas quejas y valoraciones negativas sobre la fusión por parte de clientes, competidores, asociaciones profesionales, sindicatos e, incluso, muchas observaciones negativas desde

⁷⁵ El comunicado de prensa se publica el día 6 de febrero de 2019, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-881_fr.htm. (web visitada en abril de 2019).

varias autoridades nacionales de la competencia. Dicho de otro modo, la CE se ha esforzado en remarcar tres aspectos en su comunicado: la falta de aportaciones hechas desde las partes, la gran cantidad de operadores económicos en contra y el hecho de que si se hubiera permitido la creación de este «gigante industrial» la competencia habría desaparecido por completo en los dos mercados afectados.

Más allá del proceso que se llevó a cabo ante la Comisión y de los argumentos para prohibirla, lo más importante, a mi entender, es lo que se produce después. Así, a raíz de la prohibición de la operación, surgen muchas voces criticando la decisión, provenientes tanto desde las partes como de los Gobiernos francés y alemán. Hay que recordar un elemento esencial: mientras que este procedimiento acabó aquí, con la prohibición, si se hubiera tratado de una fusión en España, todavía podría posicionarse el Consejo de Ministros admitiéndola. A este respecto hubo muchas presiones previas a la Decisión, así como de manera ulterior, como veremos más adelante.

Todas las críticas que se hacen tienen en común el hecho de que la Comisión no haya tenido en consideración a los constructores chinos en el mercado mundial. Así, Siemens protestaba la Decisión de la CE a través de un comunicado en el que llega a decir que «Ella (la fusión) habría permitido la creación de un actor europeo capaz de enfrentarse a la competencia emergente de empresas no-europeas»⁷⁶. Sin embargo, estas declaraciones por parte de las empresas no dejan de ser la consecuente respuesta a la prohibición de la fusión, lo cual no tiene más interés más allá de lo señalado. Lo que verdaderamente tiene interés, a efectos de la normativa comunitaria de control de concentraciones, son el conjunto de declaraciones, comunicados, ruedas de prensa, artículos y manifiestos, por parte de miembros de los Gobiernos francés y alemán, criticando duramente la Decisión de la CE.

⁷⁶ El propio comunicado de prensa desarrolla el malestar de la empresa al decir «Siemens y Alstom están convencidos de que la operación habría conllevado la creación de un valor importante para todo el sector de la movilidad, la industria ferroviaria europea, los clientes, los viajeros y los usuarios, sin perjudicar a la competencia en Europa», en https://w5.siemens.com/france/web/fr/sts/actualite/press/releases/Documents/Siemens_Alstom%20PR2019020150COEN_FR.pdf. (*web* visitada en abril de 2019).

Como se ha indicado previamente, las críticas vienen argumentadas desde el punto de vista de la necesidad de competir con los grandes grupos industriales asiáticos - chinos, principalmente- desde la industria europea. La propia Canciller alemana, la Sra. Angela Merkel, declaraba: «La posición de la UE en el Derecho de la Competencia me deja ciertas dudas sobre si realmente podemos producir actores mundiales de esta manera»⁷⁷.

El 19 de febrero se produce uno de los momentos más destacables tras la comunicación de la CE: el Ministro francés de Economía, el Sr. Bruno Le Maire, y el Ministro alemán de Asuntos Económicos y Energía, el Sr. Peter Altmaier, emitían un comunicado conjunto⁷⁸ en el que abogaban por un cambio en la política industrial europea y, de manera muy directa, por un cambio radical en la normativa de concentraciones económicas, el Reglamento 139/2004. Es la primera vez que los dos Gobiernos más poderosos de la UE declaraban por escrito, de manera conjunta e institucional, su voluntad de cambiar la normativa europea de control de concentraciones.

El manifiesto pretende desarrollar las bases de una política europea de desarrollo industrial, constituyendo una parte esencial de ésta el cambio en el procedimiento de control. Así, se introduce por primera vez la referencia a una «tercera fase» en el procedimiento comunitario. Concretamente, el apartado octavo del documento señala la posibilidad de incluir en la normativa un «derecho de recurso» del Consejo, el cual podría anular las Decisiones de la Comisión en casos «bien definidos y sujetos a estrictas condiciones». El documento mismo justifica dicha medida de la siguiente manera:

⁷⁷ En el artículo de *Deutsche Welle*, <https://www.dw.com/en/german-and-french-ministers-issue-manifesto-for-european-industrial-policy/a-47591419>. (web visitada en abril de 2019).

⁷⁸ El comunicado lo emitían desde ambos ministerios, https://www.bmw.de/Redaktion/DE/Downloads/F/franco-german-manifesto-for-a-european-industrial-policy.pdf?__blob=publicationFile&v=2. (web visitada en abril de 2019).

«A pesar de nuestros esfuerzos, los cuales debemos perseguir, no existen unas reglas del juego equitativas a nivel mundial, y no las habrá pronto. Ésto sitúa a las empresas europeas en gran desventaja. Cuando algunos países subvencionan fuertemente a sus empresas, ¿cómo pueden compañías que operan principalmente en Europa competir justamente? Por supuesto, debemos continuar abogando por unas reglas del juego más equitativas y eficaces a escala mundial, pero mientras tanto debemos asegurar que nuestras empresas crezcan y compitan».

Ante esta declaración de intenciones ha habido numerosas respuestas, a favor y en contra, por parte de gran número de operadores económicos, expertos en Derecho de la Competencia e, incluso, la propia Comisión. Así, a través del *think tank* de ésta, «European Political Strategy Centre», se publicó un documento titulado «EU industrial policy after Siemens/Alstom, finding a new balance between openness and protection»⁷⁹. En el citado texto, se critica la posición francoalemana de cambiar las reglas de competencia en lo relativo a concentraciones de cara a introducir un control político. Señala el documento que la CE ha permitido más de 3.000 operaciones de concentración, mientras que solamente ha prohibido tres. A mayor abundamiento, hay una crítica muy clara y directa a la propuesta de una «tercera fase»:

«Debe quedar claro que relajar la reglas de control de concentraciones, de ayudas públicas o de *antitrust* no es la panacea de las alegadas debilidades y retos competitivos de la Industria Europea». «(Si) se relajara el control (...) Europa podría encontrarse en una espiral descendente de ineficiencia económica y arbitrariedad política, generando desconfianza y divisiones internas, ya que los Estados miembros más grandes podrían imponer su voluntad a aquellos con economías más pequeñas».

Finalmente, no ha quedado establecida una postura clara de cada uno de los Estados miembros, del Consejo y de la Comisión. La proximidad de las elecciones europeas del 26 de mayo incide de manera clara en los posicionamientos de unos y otros actores, dejando claro que será uno de los temas principales de la campaña.

⁷⁹ *European Political Strategy Centre*, «EU industrial policy after Siemens/Alstom, finding a new balance between openness and protection», https://ec.europa.eu/epsc/sites/epsc/files/epsc_industrial-policy.pdf. Publicado el 18 de marzo de 2019. (web visitada en abril de 2019).

CONCLUSIONES

I. El Derecho de la Competencia se erige como una rama imprescindible del ordenamiento jurídico en virtud de la cual el Estado intenta garantizar la existencia de una competencia efectiva en los mercados. Cuando existe competencia en los mercados se produce un bienestar general: los precios son más bajos, los consumidores y usuarios tienen libertad de elección, las empresas innovan y los trabajadores de éstas disfrutan de mejores condiciones laborales. Por tanto, el Estado intenta evitar mediante su intervención comportamientos, tanto de las empresas como del propio Estado, que puedan perjudicar ese bienestar.

II. Una de las maneras mediante las cuales el Estado controla el mantenimiento de una competencia efectiva es a través del control de las concentraciones económicas. No toda concentración implica una restricción en la competencia en un mercado concreto, pero el Estado, a través de la autoridad nacional de la competencia correspondiente, tiene el deber de vigilar que cualquier concentración no provoque efectos perjudiciales para la competencia en su mercado de referencia.

III. Las concentraciones económicas son operaciones que vienen caracterizadas, según la normativa de la UE y de España, por la adquisición de control, pudiendo ésta ser de varias formas. Lo que puede desprenderse de ambas normativas es que se vigilan las operaciones desde un punto de vista económico o material y no jurídico o formal. Asimismo, además de compartir un mismo concepto de concentración, la normativa comunitaria y la española cohabitan y se relacionan a través de la remisión de procedimientos, siendo imprescindible tener muy clara la diferencia entre las concentraciones con «dimensión española» y las que tienen «dimensión comunitaria».

IV. Los procedimientos seguidos ante las autoridades de la competencia -en España, ante la CNMC, y en la Unión, ante la Comisión Europea- son muy similares: ambos contienen una primera fase, donde se recibe la notificación de la concentración y se investiga; una segunda fase, que se puede abrir cuando se vea necesaria una mayor investigación; unos plazos concretos y capacidades para

solicitar información y sancionar, cuando sea necesario. Tan importante es destacar su gran parecido como la vital diferencia entre ambas: la posibilidad de una tercera fase -existente en España y no así en el procedimiento comunitario- en la que los criterios utilizados para autorizar, condicionar o vetar la concentración sean los del interés general y no meramente los técnicos de Defensa de la Competencia. Además, en aras de la seguridad jurídica, tanto las resoluciones de la Comisión Europea como las de la CNMC -o del Consejo de Ministros, en su caso- pueden ser recurridas ante los tribunales.

V. El proceso de fusión entre Antena 3 y La sexta fue la primera operación de concentración en la que se abrió la tercera fase. El hecho de que el Consejo de Ministros rebajara las condiciones impuestas a las partes en virtud del interés general choca con la inspiración misma de las normas de Defensa de la Competencia: si el Derecho de la Competencia es necesario para que exista una verdadera competencia en los mercados, de cuya existencia se deriva bienestar para el conjunto de la sociedad, ¿de verdad es el interés general lo que ampara esa intervención política?

VI. El intento de fusión entre los dos gigantes europeos, Siemens y Alstom, va a marcar un punto de inflexión en la política industrial y de Defensa de la Competencia de la UE. Este proceso estuvo marcado desde el principio por la gran presión que ha soportado tanto la DG de Competencia como la Comisaria de Competencia de la Comisión por parte de los Gobiernos de Francia y de Alemania, que apoyaban la fusión. Tras el veto de la Comisión, ya se ha planteado por escrito, por parte de Francia y Alemania, la inclusión de una tercera fase que permita la creación de «gigantes europeos». Parece fuera de duda que debe incentivarse y apoyarse la creación de grandes empresas europeas, pero ¿debe hacerse a costa de la competencia en los mercados europeos?

BIBLIOGRAFÍA

MANUALES, ARTÍCULOS, DOCUMENTOS Y ESTUDIOS

- ALONSO SOTO, R., «Las relaciones entre los derechos comunitario europeo y español de la competencia», en Tratado de Derecho de la Competencia, Tomo I, ed. Bosch, 2017.
- ÁLVAREZ RUBIO, J., La protección del consumidor en el Derecho de la Competencia, Granada, 2017.
- BENEYTO PÉREZ, J.M.^a, y TRONCOSO FERRER, M., «Objeto, evolución y perspectivas del Derecho de la Competencia», en Tratado de Derecho de la Competencia, Tomo I, ed. Bosch, 2017.
- BERENGUER, L., BACHES, S. y ARENAS, N., «El sistema institucional de la Ley 15/2007», en Tratado de Derecho de la Competencia, Tomo I, ed. Bosch, 2017.
- CASTAÑEDA BONICHE, A., en «Algunos recuerdos y reflexiones en el cincuentenario de la primera ley de competencia en España», Revista de Economía ICE, Enero-Febrero 2014, nº 876, págs. 105-123.
- CAYÓN DE LAS CUEVAS, J., «Grupos de Sociedades y formas de colaboración empresarial», en AUTORES VARIOS (dir. TOMILLO URBINA, J.L., coord.. ÁLVAREZ RUBIO, J.), Derecho de Sociedades, ed. Dykinson, Madrid, 2016.
- Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas (2008/C 95/01).
- DE CASTRO, C., en «El Parlamento Europeo y la Comisión Europea», AUTORES VARIOS (dir. ESCOBAR, C.), Instituciones de la Unión Europea, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.
- DÍAZ-GONZÁLEZ, M.J., y QUINTAS FROUFE, N. en La absorción de La Sexta por Antena 3 de Televisión y sus efectos en el pluralismo externo del sistema televisivo español, en OBSERVATORIO (online), nº4, vol.7, 2013.

- GONZÁLEZ, F.E. y CARPI, J.M., «La evaluación de los efectos de las concentraciones económicas», en Tratado de Derecho de la Competencia, Tomo I, ed. Bosch, 2017.
- MAILLO, J., «La noción de concentración económica y las empresas en participación (Joint Ventures)», en Tratado de Derecho de la Competencia, Tomo I, ed. Bosch, 2017.
- MICHAVILA, A., «La joint venture contractual en el ámbito internacional», en Revista electrónica de estudios internacionales (REEI), 2014, nº 27.
- PÉREZ, A., La evaluación antitrust de las concentraciones de empresas en la Unión Europea, Córdoba, 2015.
- POSNER, R., y LANDES, W., «El poder de mercado en los casos de libre competencia», Revista Iuris et Veritas, 2003 nº 26.
- SALA I MARTÍN, X., en Economía Liberal para no economistas y no liberales, Capítulo I, 2010.
- SEPÚLVEDA, J., «La autoridad europea de la competencia» en Tratado de Derecho de la Competencia, Tomo I, ed. Bosch, 2017.
- SHAPIRO, C., «Antitrust in time of populism», International Journal of Industrial Organisation, 27 de octubre de 2017.
- URÍA MENÉNDEZ, «Guía práctica de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia».

LEYES Y JURISPRUDENCIA

- Caso C-248/16, Austria Asphalt GmbH & Co OG – Bundeskartellanwalt.
- Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.
- Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.
- Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.
- Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC.

- Reglamento (CE) N° 139/2004, del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas.
- Reglamento (CE) N° 802/2004, de la Comisión, de 7 de abril de 2004, por el que se aplica el Reglamento 139/2004, sobre el control de concentraciones entre empresas.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 88/1986, de 1 de julio.
- Sentencia del TJCE, de 15 de Julio de 1964, Caso 6/64 Costa-Enel.
- Tratado de la Unión Europea.
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

BIBLIOGRAFÍA WEB

- Acuerdo del Consejo de la CNC, en primera fase, en el expediente C/0432/12, ANTENA 3 / LA SEXTA, en https://www.cnmc.es/sites/default/files/146731_8.pdf.
- Acuerdo del Consejo de la CNC, en segunda fase, en el expediente C/0432/12 ANTENA 3 / LA SEXTA, en https://www.cnmc.es/sites/default/files/200987_8.pdf.
- Acuerdo del Consejo de Ministros, por el que se autoriza la operación de concentración económica ANTENA 3/LA SEXTA y se imponen condiciones a la misma, en https://www.cnmc.es/sites/default/files/211819_8.pdf.
- ALFARO, J., en <https://almacenedderecho.org/la-libertad-competencia-derecho-la-competencia/>. (*web* consultada en octubre de 2018).
- ALFARO, J., en <https://almacenedderecho.org/reflexiones-los-objetivos-del-derecho-tomando-derecho-la-competencia-ejemplo/>. (*web* consultada en octubre de 2018).
- ALFARO, J., en <https://derechomercantiles pana.blogspot.com/2018/03/concentracion-beneficios-empresariales.html>. (*web* consultada en octubre de 2018).
- ALFARO, J., en <https://almacenedderecho.org/las-fusiones-y-los-carteles-desde-la-perspectiva-del-derecho-de-la-competencia-prohibicion-de-carteles-y-control-de-concentraciones/>. (*web* consultada en octubre de 2018).
- ALFARO, J. en <https://almacenedderecho.org/definicion-del-mercado-relevante-en-operaciones-de-concentracion/>. (*web* consultada en enero de 2019).

- Artículo de Deutsche Welle, <https://www.dw.com/en/german-and-french-ministers-issue-manifesto-for-european-industrial-policy/a-47591419>.
- Comunicado de prensa de la CE, sobre el expediente M.8677 – Siemens/Alstom, en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4527_fr.htm.
- Comunicado de prensa de la CE, por el que se anuncia que se veta la fusión Siemens/Alstom, en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-881_fr.htm.
- Comunicado de prensa de Siemens tras el veto, en https://w5.siemens.com/france/web/fr/sts/actualite/press/releases/Documents/Siemens_Alstom%20PR2019020150COEN_FR.pdf.
- Comunicado de prensa de los Ministros francés y alemán, en https://www.bmw.de/Redaktion/DE/Downloads/F/franco-german-manifesto-for-a-european-industrial-policy.pdf?__blob=publicationFile&v=2.
- European Political Strategy Centre, «EU industrial policy after Siemens/Alstom, finding a new balance between openness and protection», https://ec.europa.eu/epsc/sites/epsc/files/epsc_industrial-policy.pdf.
- FERNÁNDEZ, C. y VILA, C., «Procedimientos administrativos en materia de control de concentraciones económicas», en https://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/procedimientos_administrativos_en_materia_de_control_de_concentraciones_economicas._procedimientos_administrativos_y_judiciales_de_la_union_europea._268.pdf, (web visitada en marzo de 2019).
- Ficha técnica del Parlamento Europeo, en http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_1.2.2.pdf. (web visitada en marzo de 2019).
- Informe y propuesta de resolución, en primera fase, del expediente C/0432/12 ANTENA 3 / LA SEXTA, en https://www.cnmc.es/sites/default/files/146602_8.pdf.
- Informe y propuesta de resolución, en segunda fase en el expediente C/0432/12 ANTENA 3 / LA SEXTA, en https://www.cnmc.es/sites/default/files/200992_8.pdf.
- JIMÉNEZ, F. y CAÑIZARES. E. en <https://www.uv.es/~frequena/estructura/NERA.pdf> (web consultada en enero de 2019).

- Nota sucinta sobre expediente C/0432/12 ANTENA 3 / LA SEXTA, en https://www.cnmc.es/sites/default/files/146604_8.pdf.

- Publicación en el DOUE la recepción de la notificación que comienza el expediente M.8677 – Siemens/Alstom, en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4527_fr.htm.